

Trakassering og gjengjeldelse i arbeidskonflikter

Forholdet mellom arbeidsmiljøloven §4-3(3) og §2-5

Kandidatnr: 152754

Leveringsfrist: 02.06.08

Til sammen 14967 ord

02.06.2008

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	ARBEIDSKONFLIKTER: MOBBING/TRAKASSERING REGULERES ULIKT AVHENGIG AV KONFLIKTBAGGRUNN	1
1.2	SPENNINGSFORHOLD MELLOM JUSS OG PSYKOLOGI	1
1.2.1	HVEM SKAL HA RETT TIL Å DEFINERE VIRKELIGHETEN?	2
1.2.2	BEHOV FOR FLERFAGLIG TILNÆRMING TIL PROBLEMET	2
1.3	PROBLEMSTILLING	3
<u>2</u>	<u>HISTORIKK</u>	<u>4</u>
2.1	KORT OM VEDTAKELSE AV AML (1977) §12(1)3.PKT.	4
2.2	INGEN SÆRREGULERING AV VARSLINGSSITUASJONEN ETTER AML (1977)	4
2.2.1	MER OM TERSKELEN FOR MEDHOLD I PÅSTAND OM MOBBING/TRAKASSERING	5
2.3	KORT OM LOVGIVERS INTENSJON BAK SÆRREGULERING AV MOBBING/TRAKASSERING VED GJENGJELDELSE I AML (2005) §2-5	7
<u>3</u>	<u>LEGISLATIVE HENSYN BAK §§4-3(3) OG 2-5</u>	<u>8</u>
3.1	SENTRALE LEGISLATIVE HENSYN BAK AML §4-3	8
3.1.1	HELSE, MILJØ OG SIKKERHET: PRINSIPPET OM ET INKLUDERENDE ARBEIDSLIV	8
3.2	SENTRALE LEGISLATIVE HENSYN BAK §2-5	9
3.2.1	HELSE, MILJØ OG SIKKERHET: PRINSIPPET OM ET INKLUDERENDE ARBEIDSLIV	9
3.2.2	YTRINGSFRIHET	10
3.2.3	PRESS FRA INTERNASJONALT HOLD OM DELTAGELSE I KAMPEN MOT KORRUPSJON	10
<u>4</u>	<u>ORGANISASJONSPSYKOLOGISK FORSKNING</u>	<u>12</u>
4.1	MOBBING/TRAKASSERING HAR SITT OPPHAV I KONFLIKTER	12
4.2	SENTRALE RISIKOFAKTORER VED KULTUREN INNAD I ARBEIDSORGANISASJONEN	12
4.3	ORGANISASJONSKULTUREN KAN PÅVIRKE LEDELSENS KONFLIKTHÅNDTERING	13
4.4	PERSONFAKTORER – ”DEN FUNDAMENTALE ATTRIBUSJONSFEIL”	13
4.5	KONFLIKTERS ESKALERINGSPROSESS	14
4.5.1	KONFLIKTESKALERING: FRA SAK TIL PERSON	14
		I

4.5.2	SAMMENFALLENDE EKSALERINGSPROSESS VED TRAKASSERING/GJENGJELDelse	15
5	NÆRMERE OM INNHOLDET I AML §§4-3(3) OG 2-5	18
5.1	AML §4-3(3)	18
5.1.1	NÅR FORELIGGER ”TRAKASSERING”/”UTILBØRLIG OPPTREDEN”, JFR AML §4-3(3)?	18
5.1.2	NÆRMERE OM MOBBE-/TRAKASSERINGSBEGREPET VED ARBEIDSKONFLIKTER	21
5.1.2.1	Plassering i organisasjonspsykologisk perspektiv	21
5.1.2.2	Arbeidstilsynets definisjon	21
5.1.2.3	Styrkeforholdet mellom partene	21
5.1.2.4	Krav til mobbeintensjon?	23
5.1.3	HÅNDHEVING AV TRAKASSERINGSFORBUDET I AML §4-3(3)	24
5.2	AML §2-5	25
5.2.1	KORT OM ”VARSLING OM KRITIKKVERDIGE FORHOLD” JFR AML §2-4	25
5.2.2	GJENGJELDELSBEGREPET I AML §2-5	26
5.2.3	HÅNDHEVING AV GJENGJELDELSFORBUDET I §2-5	27
6	FORHOLDET MELLOM §4-3(3) OG §2-5	27
6.1	OVERLAPPENDE ANVENDELSESOMRÅDE	27
6.2	MATERIELL REKKEVIDDE	29
6.2.1	TRAKASSERINGSBEGREPET OG GJENGJELDELSBEGREPET: ULIK TERSKEL FOR ANVENDELSE I EN OPPTRAPPENDE KONFLIKT?	29
6.2.2	ULIK REKKEVIDDE - SAMMENFALLENDE HANDLINGSMØNSTER	30
6.3	ULIK BEVISREGULERING – SAMMENFALLENDE BEVISSITUASJON	32
6.3.1	ULIK BEVISBYRDE	32
6.3.2	ULIKT BEVISTEMA	32
6.3.3	DEN FAKTISKE BEVISSITUASJONEN SYNES Å VÆRE SAMMENFALLENDE	33
6.3.3.1	Objektivt eller subjektivt trakasseringsbegrep?	33
6.3.3.2	Reduksjon av bevismessige problemer ved annen tilnærming til problemet?	36
6.3.4	HVORFOR ULIK REGULERING AV FAKTISK SAMMENFALLENDE BEVISSITUASJON?	37
6.4	ULIKE REGLER OM OPPREISNING ETTER HENHOLDSVIS §4-3(3) OG §2-5	39
7	NÆRMERE OM ARBEIDSGIVERS ANSVAR	42
7.1	OVERSIKT	42
7.2	ARBEIDSGIVERS PLIKT TIL Å FOREBYGGE TRAKASSERING OG GJENGJELDelse	42

7.3	ARBEIDSGIVERS AKTIVITETSPLIKT UNDER KONFLIKT	43
7.3.1.1	Undersøkelsesplikt	43
7.3.1.2	Hjemmel for iverksettelse av undersøkelser	44
7.3.1.3	Fremgangsmåte for kartlegging av konflikt	44
7.3.1.4	Kort om inngrepsterskel etter §§4-3(3) og §2-5	48
8	<u>DOMSTOLSPRØVING I ETTERKANT AV MOBBING/TRAKASSERING</u>	49
8.1	DOMSTOLENES TILNÆRMING TIL MOBBE-/TRAKASSERINGSSAKER	49
8.1.1	PROBLEMET	49
8.1.2	ÅRSAKSBETRAKTNINGER VED MOBBING I STRID MED §4-3(3): FOKUS PÅ PERSONLIGE MOTSETNINGSFORHOLD	49
8.1.3	ÅRSAKSBETRAKTNINGER ETTER §2-5: FOKUS PÅ KONFLIKTENS UNDERLIGGENDE ÅRSAK – VARSLINGEN	51
8.1.4	OPPSTYKKING AV EKSALERINGSPROSESSEN I ENKELTHANDLINGER	52
9	<u>RETTSPOLITISK DISKUSJON</u>	53
9.1	KAN §2-5 INFLUERE ANVENDELSEN AV §4-3(3)?	53
9.2	UKLART FORHOLD MELLOM §2-5 OG §4-3(3)	54
9.2.1	GIR §2-5 TILSTREKKELIG VERN FOR VARSLEREN?	55
10	<u>LITTERATURLISTE</u>	56

1 Innledning

1.1 Arbeidskonflikter: Mobbing/trakassering reguleres ulikt avhengig av konfliktbakgrunn

Oppgavens tema er arbeidskonflikter som utvikler seg til mobbing/trakassering.¹ Arbeidsmiljøloven (aml) har to bestemmelser som direkte rammer mobbing/trakassering på arbeidsplassen: § 4-3 regulerer det psykososiale arbeidsmiljø, hvor §4-3(3) oppstiller et generelt forbud mot trakassering og annen utilbørlig opptreden. §2-5 rammer mobbing i kraft av det vidtfavnende forbud mot gjengjeldelse etter varsling i samsvar med aml §2-4.²

Bestemmelsen i §2-5 har etter ordlyden en videre materiell rekkevidde sammenlignet med §4-3(3). Videre er bevisbyrden delt mellom arbeidstaker og arbeidsgiver, i tillegg til at arbeidstaker ved gjengjeldelse gis rett til oppreisning uten hensyn til arbeidsgivers skyld, jfr §2-5(1) og (3). Arbeidstaker som utsettes for mobbing i strid med gjengjeldelsesforbudet i §2-5 er med dette gitt et sterkere materielt og prosessuelt vern, sammenlignet med en arbeidstaker som mobbes i strid med §4-3(3). Loven skiller dermed mellom mobbing som følge av varsling og mobbing med annen konfliktbakgrunn.

1.2 Spenningsforhold mellom juss og psykologi

Det synes å foreligge et vitenskapelig spenningsforhold mellom juss og psykologi i forhold til fenomenet mobbing på arbeidsplassen: I psykologien fokuseres det på mobbeofferets subjektive opplevelse av situasjonen.³ Dette står i kontrast til det juridiske trakasseringsbegrep, hvor det legges hovedvekt på objektivt konstaterbare

¹ Se forklaring av begrepet arbeidskonflikter i pkt 4.1. Mer om mobbe-/trakasseringsbegrepet i pkt 5.1.

² Om bestemmelsenes innhold, se pkt 5.1.1 og 5.2.2

³ Jfr Einarsen/Hoel/Nielsen (2005) s. 8 flg. Jfr Pedersen/Einarsen (2007) s. 95.

handlinger.⁴ Spenningsforholdet viser seg også ved en sammenligning mellom antallet arbeidstakere som oppgir at de opplever mobbing på arbeidsplassen⁵ og høyesterettspraksis: Kun i få tilfeller har arbeidstaker fått rettens medhold i sin påstand om mobbing/trakassering.⁶ Dette misforholdet mellom juss og empiriske data kan tyde på at reglene om mobbing/trakassering ikke fungerer på en tilfredsstillende måte.

1.2.1 Hvem skal ha rett til å definere virkeligheten?

Mobbing foregår oftest i subtile former, for eksempel i form av utfrysning/isolering, usynliggjøring, latterliggjøring eller aggressiv kritikk på tomannshånd.⁷ Rettslig sett reiser dette særlig problemer i forhold til bevisvurderingen: Det ligger i sakens natur at det ofte vil være vanskelig å dokumentere denne form for negativ adferd. Partenes ulike virkelighetsoppfatning og sprikende forklaringer skaper en tilnærmet umulig bevissituasjon i en eventuell rettssak. Dette genererer en kamp mellom partene om å få bekreftet sitt bilde av virkeligheten.⁸ En slik rettstilstand gir liten forutsigbarhet både for arbeidsgiver og arbeidstaker. Det er grunn til å spørre om det generelt er for liten kunnskap blant dommere og andre rettsanvendere om de organisasjonpsykologiske prosesser som foregår under en opptrappende arbeidskonflikt.

1.2.2 Behov for flerfaglig tilnærming til problemet

I henhold til aml §1-1 litra a) er et av lovens formål å sikre en standard som til enhver tid er i samsvar med den sosiale utvikling i samfunnet, herunder også kunnskapsutviklingen. Loven er med dette ment å ha en dynamisk karakter, slik at den holder seg oppdatert i forhold til samfunnsutviklingen og ny innsikt om sammenheng mellom arbeidsmiljø og helse.⁹ For at reglene skal følge på kunnskapsutviklingen, er det nødvendig å løfte blikket utover rettsvitenskapen, og se hen til empirisk forskning på

⁴ Jfr pkt 6.3.3.1.

⁵ Jfr Einarsen/Hoel/Nielsen (2005) s. 11, hvor det på grunnlag av selvrapporteringsstudier fremholdes at en av tjue arbeidstakere opplever alvorlig mobbing på jobben.

⁶ Jfr Rt.1997.786 (Falken) og Rt.1997.1506 (Apoteker).

⁷ Jfr Hirigoyen (2002) s. 70.

⁸ Jfr Ørjasæter (2007) s. 1. Jfr Pedersen/Einarsen (2007) s. 112-14.

⁹ Jfr NOU 2004:5 s. 172-173.

området. Dette vil gi et bedre bilde av den virkelighet som reglene er ment å anvendes på. I lys av dette vil jeg derfor i kapittel 4 presentere sentral organisasjonspsykologisk forskning på området.

1.3 Problemstilling

Jeg ønsker med denne oppgaven å vise slektskapet mellom mobbing som følge av varsling og mobbing med annen konfliktbakgrunn, for deretter å belyse forskjellen i reguleringen av mobbing/trakassering i henholdsvis §4-3(3) og §2-5. I det følgende vil jeg derfor gå inn på bestemmelsenes innhold i kap 5. Deretter vil jeg i kap 6 gå inn på forholdet mellom bestemmelsene, herunder i hvilken grad og hvorfor det foreligger ulik regulering av mobbing/trakassering avhengig av bakgrunnen for konflikten. Et annet spørsmål er hvorvidt §2-5 kan påvirke anvendelsen av §4-3(3) i retning av en mer forutberegnelig rettstilstand. Den noe uklare rettstilstanden reiser også spørsmål ved hvorvidt domstolene og andre rettsanvendere har tilstrekkelig kompetanse omkring fenomenet mobbing/trakassering. Dette drøftes i kap 8. Avslutningsvis følger i kap 9 en rettspolitisk diskusjon omkring forholdet mellom §4-3(3) og §2-5.

2 Historikk

2.1 Kort om vedtakelse av aml (1977) §12(1)3.pkt.

Arbeidstaker ble opprinnelig ansett å ha et vern mot trakassering i kraft av aml (1977) §7, hvor kravet til fullt forsvarlig arbeidsmiljø også omfattet faktorer ved arbeidsmiljøet som kunne ha innvirkning på arbeidstakernes psykiske helse og velferd.¹⁰ I forhold til tilretteleggingskravene i aml (1977) §12, skulle det i henhold til forarbeidene også legges vesentlig vekt på psykososiale faktorer.¹¹ Det forelå imidlertid intet uttrykkelig forbud mot trakassering, før den generelle ”mobbeparagrafen” ble vedtatt i 1995. Dette var en følge av økt oppmerksomhet rundt mellommenneskelige forhold og mobbing på arbeidsplassen.¹² Lovgiver ønsket med lovfestingen av et generelt trakasseringsforbud å styrke vernet mot den psykiske belastning mobbing kan innebære.¹³

2.2 Ingen særregulering av varslingssituasjonen etter aml (1977)

Det ble etter aml 1977 ikke sondret mellom mobbing/trakassering som gjengjeldelse etter varsling og mobbe-/trakasserings-saker med annen konfliktbakgrunn. Begge tilfeller ble ansett vernet av aml (1977) §12.¹⁴ Som en følge av dette hadde aml 1977 heller ingen bestemmelser som direkte regulerte arbeidstakers rett til å varsle om kritikkverdige forhold. Saker som gjaldt mobbing/trakassering av arbeidstaker ble behandlet på samme måte, uavhengig av årsaken til den aktuelle konflikten.

Et eksempel på dette er TOSLO-2001-2713 (Luftfartstilsynet). Saken gjaldt spørsmål om arbeidsgivers erstatningsansvar på grunnlag av påstått mobbing/trakassering av hovedverneombudet (HVO) i Luftfartstilsynet. HVO varslet flere ganger om dårlig arbeidsmiljø, både internt, til offentlige myndigheter og media. Arbeidsmiljøet ble ikke bedret. HVO ble i stedet utsatt for represalier fra ledelsen i form av negativ adferd. Blant de påstått negative handlinger var negativt kroppsspråk, latterliggjøring,

¹⁰ Jfr Ot.prp.nr.3(1975-1976) s. 103.

¹¹ Jfr Ot.prp.nr.3(1975-1976) s. 107.

¹² Ot.prp.nr.50(1993-1994) s. 230. Jfr også Innst.O.nr.2(1994-1995) s 7 og s. 17-18.

¹³ Ot.prp.nr.50(1993-1994) s. 59.

¹⁴ NOU 2004:5 s. 450

usynliggjøring, fratakelse av kurs-, møte- og konferansedeltakelse, manglende lønnsopprykk m.v.

Retten behandlet saken utelukkende som et spørsmål om erstatning som følge av mobbing/trakassering. Retten nevnte ikke betydningen av konfliktens årsak, herunder HVOs varsling om dårlig arbeidsmiljø. Ved lik regulering av mobbing/trakassering, uten sontring mellom konfliktbakgrunn, gav retten uttrykk for at dette var beslektede fenomener. Manglende sontring innebar at terskelen for å kunne konstatere mobbing/trakassering, og dermed muligheten for å få medhold i en slik påstand, i prinsippet var den samme i begge tilfeller.

2.2.1 Mer om terskelen for medhold i påstand om mobbing/trakassering

Flere faktorer har bidratt til en høy terskel for å få rettens medhold i påstand om mobbing/trakassering: En faktor er trakasseringsbegrepets til dels uklare innhold.

En annen faktor er at de alminnelige privatrettslige bevisregler som gjelder i forhold til brudd på arbeidsmiljøet: Den som fremlegger en påstand om mobbing/trakassering har i utgangspunktet ansvar for å sannsynliggjøre påstandens riktighet.¹⁵ Arbeidstaker hadde dermed både i varslingssituasjonen og ved annen konfliktbakgrunn, ved spørsmål om erstatning som følge av psykisk skade etter mobbing/trakassering, ansvaret for å bevise at det objektivt sett forelå trakassering, at denne hadde skadevoldende evne og at det forelå tilstrekkelig grad av skyld hos motparten. Oppreisningserstatning var sjelden aktuelt, da dette krevde forsett eller grov uaktsomhet hos motparten, jfr skadeserstatningsloven (skl) §3-5. Dette vil være svært vanskelig å bevise i mobbe/trakasseringstilfellene.

Vanskelighetene i forbindelse med konstatering av ansvar for mobbing/trakassering er også eksplisitt uttalt i Rt.1997.1506 (Apoteker): Saken gjaldt spørsmål om

¹⁵ Se NOU 2004:5 s 449, jfr Ot.prp.nr.84(2005-2006) s. 22.

erstatningsansvar på grunnlag av arbeidsgivers brudd på reglene om det psykososiale arbeidsmiljø. Arbeidsgiver bedrev utstrakt deltaljstyring, i form av telefakser og post-it-lapper. Dette bidro til en vedvarende konflikt mellom arbeidsgiver og de øvrige ansatte. Høyesterett uttalte i denne forbindelse på s. 1512:

”Når det gjelder konflikter grunnet i kommunikasjon og samarbeid, vil årsaks- og ansvarsforholdene kunne være meget vanskelige å trenge inn i. (...) Etter mitt syn skal det meget til for at det kan bli tale om vesentlig mislighold og erstatning i et slikt forhold.”

Samtlige arbeidstakere var sykemeldt med diagnose depressiv nevrose. De fikk medhold i sin påstand om erstatning. Tiltross alvorlig psykisk skade som følge av arbeidsgivers vesentlige mislighold, ble de likevel ikke tilkjent erstatning for tort og svie (oppreisning).

Den høye terskel for å konstatere ansvar bidro nødvendigvis til en stor barriere for mobbeofferet å prøve sin sak for domstolene. I denne forbindelse kan nevnes en rekke momenter som forsterket barrieren:

Et annet moment er prosessrisikoen, herunder muligheten for å bli dømt til å betale motpartens saksomkostninger dersom man ikke greide å sannsynliggjøre sin påstand om mobbing. Risikoen for å bli dømt til å betale angriperens saksomkostninger vil naturlig nok synes svært urimelig fra mobbeofferets side, og vil kunne utgjøre en enorm økonomisk belastning. Et annet moment er maktubalansen i disse sakene: Det foreligger i utgangspunktet en skjevhet i styrkeforholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker.¹⁶ Maktubalansen øker eksempelvis dersom arbeidsgiveren er det offentlige. Illustrerende er saken om Luftfartstilsynet, hvor motparten var Staten v/ Samferselsdepartementet, med regjeringsadvokaten som prosessfullmektig. Et tredje moment er ventetiden som følger før saken berammes, hvilket også forsterker den psykiske skaden som følge av mobbing.

¹⁶ Jfr NOU 1999:34 s. 153

Dette er fremdeles situasjonen for den arbeidstaker som mobbes i strid med aml §4-3(3), uten forutgående varsling.

2.3 Kort om lovgivers intensjon bak særregulering av mobbing/trakassering ved gjengjeldelse i aml (2005) §2-5

Varslingsreglene i aml (2005) §§2-4, 2-5 og 3-6 trådte i kraft 1. januar 2007. Mobbing/trakassering med bakgrunn i varsling etter §2-4 er med dette gitt et særlig vern i §2-5. Forarbeidene er tvetydige når det gjelder lovgivers intensjon bak et eksplisitt vern mot gjengjeldelser: På den ene side uttales i forarbeidene at gjengjeldelsesvernet innebærer en kodifisering av eldre rett: I lys av at varslings- og gjengjeldelsesvernet etter eldre rett i stor grad var ulovfestet og skjønnsmessig, var en lovfesting ment å bidra til klarere og mer presise regler.¹⁷ Dette tyder på at lovgiver mente at arbeidstakers vern mot gjengjeldelser i seg selv var tilstrekkelig, og at en lovfesting kun var nødvendig av hensyn til arbeidstakers behov for å kunne forutberegne sin rettsstilling. Senere i lovgivningsprosessen uttaler imidlertid departementet at *"ansattes rett til å varsle blir mer reell dersom det etableres et sterkt gjengjeldelsesvern. Departementet foreslår således en ny §2-5 som styrker vernet mot gjengjeldelser(...)"*.¹⁸ I tråd med dette innebærer reglene om delt bevisbyrde og rett til oppreisning¹⁹ samlet sett en styrking av arbeidstakers rettsstilling i forhold til eldre rett. Dette innebærer en bekreftelse på den vanskelige bevissituasjonen i gjengjeldelsessaker,²⁰ og det faktum at gjengjeldelsesreaksjoner kan få alvorlige personlige konsekvenser for varsleren. Forarbeidene er imidlertid tause med tanke på videreføring/styrking av gjengjeldelsesbegrepets materielle innhold i mobbe-/trakasseringssituasjoner.²¹

¹⁷ Jfr NOU 2004:5 s. 450, jfr også Ot.prp.nr.84(2005-2006) s. 9.

¹⁸ Jfr Ot.prp.nr.84(2005-2006) s. 8.

¹⁹ Jfr §2-5(1) og (3)

²⁰ Jfr Ot.prp.nr.84(2005-2006) s. 44.

²¹ Se pkt 5.2.2 om gjengjeldelsesbegrepets innhold.

3 Legislative hensyn bak §§4-3(3) og 2-5

3.1 Sentrale legislative hensyn bak aml §4-3

3.1.1 Helse, miljø og sikkerhet: Prinsippet om et inkluderende arbeidsliv

Trakasseringsforbudet i §4-3(3) er en presisering av det generelle kravet til fullt forsvarlig arbeidsmiljø, jfr aml §4-1(1). Formålet med kravene til arbeidsmiljøet, er å ivareta hensynet til helse, miljø og sikkerhet (HMS) på arbeidsplassen, jfr aml §3-1. Den generelle målsettingen er et inkluderende arbeidsliv som hindrer utstøtelse fra arbeidet, f.eks i form av varig uførhet.²² Mobbing/trakassering oppleves krenkende og kan gi alvorlige psykiske lidelser.²³ Det fastslås i forarbeidene at dårlig psykososialt arbeidsmiljø i form av mobbing på arbeidsplassen, øker hyppigheten av psykiske lidelser og sykefravær.²⁴

Lovens krav til HMS-arbeid på arbeidsplassen, ligger i spenningsfeltet mellom tre forskjellige hensyn: For det første skal kravene ivareta den individuelle arbeidstakers trygghet, helse og velferd.²⁵ For det andre har reglene et bedriftsøkonomisk aspekt: Økende sykefravær som følge av psykiske lidelser, fører til tapt produksjon og kostnadsvekst ved utbetaling av sykepenger og uførepensjon.²⁶ Det er derfor i arbeidslivets interesse å forebygge helseskader hos arbeidstaker slik at kostnader ved sykefravær reduseres.²⁷

Et tredje hensyn bak §4-3(3) og kravene til HMS-arbeid, er hensynet verdiskapning i samfunnet: Dette hensynet tilsier at arbeidslivet må organiseres for optimal produksjon og effektivitet, slik at man kan hevde seg i nasjonal og internasjonal

²² Jfr aml §1-1 litra e), jfr NOU 2004:5 s. 18.

²³ Jfr NOU 2004:5 s. 96.

²⁴ Jfr NOU 2000:27 pkt 5.2.2.

²⁵ Jfr formålsparagrafen i aml §1-1 litra a) og målsetningen om "full trygghet mot fysiske og psykiske skadevirkninger", jfr også NOU 1999:34 pkt 10.2

²⁶ Jfr NOU 2000:27 pkt 2.6

²⁷ Jfr NOU 1999:34 pkt 10.2.

markedskonkurranse.²⁸ Verdiskapning er også nødvendig for å skape et materielt grunnlag for velferdsordninger.²⁹ En for sterk vektlegging av arbeidstakers trygghet, helse og velferd, kan gå på bekostning av lønnsomhet og verdiskapning i samfunnet. Imidlertid vil et godt psykososialt arbeidsmiljø, herunder lavt konfliktnivå og godt samarbeid mellom ansatte være en viktig faktor som virker inn på sykefraværet, og dermed virker positivt på bedriftens produksjon og effektivitet. Hensynet til verdiskapning kan dermed kombineres med hensynet til ansattes trygghet, helse og velferd.³⁰ Et bedre psykososialt arbeidsmiljø uten mobbing/trakassering kan med dette sies å være både bedrifts- og samfunnsøkonomisk lønnsomt.³¹

3.2 Sentrale legislative hensyn bak §2-5

3.2.1 Helse, miljø og sikkerhet: Prinsippet om et inkluderende arbeidsliv

Forbudet mot gjengjeldelser bygger på en erkjennelse av at ansatte som opptrer som varslere løper en stor personlig risiko, ved at de kan bli utsatt for negative reaksjoner f.eks i form av oppsigelse, avskjed eller trakassering.³² Gjengjeldelse i form av trakassering vil således aktivere de samme hensyn til helse, miljø og sikkerhet (HMS) som overfor nevnt i pkt 3.1.1, herunder hensynet til den individuelle arbeidstakers trygghet, helse og velferd, samt samfunns- og bedriftssøkonomiske hensyn: Det fremgår av forarbeidene at en sunn og åpen kommunikasjonskultur kan bidra til et godt arbeidsmiljø og en effektivisering av forvaltning og økonomi.³³

²⁸ Jfr NOU 1999:34 pkt 10.2.

²⁹ Jfr NOU 2004:5 s. 103.

³⁰ Jfr NOU 2000:27 pkt 5.3.2, jfr NOU 2004:5 s. 103-104.

³¹ Jfr også Ot.prp.nr.50(1993-1994) s. 20.

³² Jfr NOU 2004:5 s. 444 og 447.

³³ Jfr Ot.prp.nr.84(2005-2006) s. 37.

3.2.2 Ytringsfrihet

§§ 2-4 og 2-5 må ses i sammenheng med ytringsfrihetskommisjonens anbefaling om et lovgivningsinitiativ vedrørende fenomenet varsling.³⁴ Gjengjeldelsesvernet i §2-5 er ment å effektivisere varslingsretten etter §2-4, og bygger på en avveining av arbeidstakers ytringsfrihet og lojalitetsplikt.³⁵ I denne forbindelse må det tas i betraktning at arbeidstakers ytringsfrihet er en grunnleggende menneskerettighet. Forarbeidene fremhever derfor at det må legges stor vekt på de allmenne hensyn som ligger bak ytringsfriheten: Demokrati, sannhetssøken og individets frie meningsdannelse.³⁶ §2-5 må dermed også ses i sammenheng med hensynet til arbeidstakers ytringsfrihet og allmennhetens interesse i at kritikkverdige bedriftsinterne forhold avdekkes.³⁷

3.2.3 Press fra internasjonalt hold om deltagelse i kampen mot korrupsjon

§2-5 må også ses i lys av økt press fra internasjonalt hold om Norges deltagelse i kampen mot økonomisk kriminalitet. I denne forbindelse kan nevnes Norges ratifisering av FNs konvensjon mot korrupsjon fra 31.oktober 2003, hvis formål er å fremme internasjonalt samarbeid for å forebygge og bekjempe korrupsjon. Konvensjonen inneholder bestemmelser om krav til tiltak for å gjøre det enklere for offentlig ansatte å rapportere om korrupsjon, jfr art 8 nr. 4 og art 33. Norge har også undertegnet Europarådets sivilrettslige konvensjon mot korrupsjon fra 14.november 1999, hvor art 9 regulerer vern for den som melder fra om korrupsjon. Dette må ses som en del av bakgrunnen for varslingsbestemmelsene i aml §§2-4 og 2-5.³⁸ Departementet uttaler også på generelt grunnlag at det legges stor vekt på at varsling er et virkemiddel for å avdekke korrupsjon og annen økonomisk kriminalitet.³⁹

³⁴ Jfr Ot.prp.nr.84(2005-2006) pkt 2.1

³⁵ Jfr Ot.prp.nr.84(2005-2006) s. 8.

³⁶ Jfr Ot.prp.nr.84(2005-2006) s. 33.

³⁷ Jfr NOU 2004:5 s. 450.

³⁸ Jfr Ot.prp.nr.84(2005-2006) s. 11-12.

³⁹ Jfr Ot.prp.nr.84(2005-2006) s. 33.

En viktig del av bakgrunnen for vedtagelse av varslingsvernet, er også anbefalingen fra OECD om å lovfeste beskyttelse for arbeidstakere som varsler om korrupsjon: Norge ratifiserte OECDs konvensjon av 21. november 1997 om bekjempelse av bestikkelse av utenlandske tjenestemenn i internasjonale forretningsforhold i 1998.⁴⁰ OECDs Working Group on Bribery in International Business Transactions evaluerte Norges oppfyllelse av konvensjonsforpliktelsene i 2003. I evalueringsrapporten⁴¹ fremholdes det på s. 21:

”In view of the fact that corporate employees are a significant source of detection for the bribery offence in Norway, the lead examiners encourage the Norwegian government to regulate statutorily the issue of whistleblowing, in order to guarantee sufficient protection to employees reporting possible violations of law in good faith.”

Reguleringen av varslingsrett og forbudet mot gjengjeldelse tyder dermed på å være et utslag av myndighetenes ønske om norsk legitimitet i det internasjonale miljøet, særlig OECD.⁴²

⁴⁰ Se i relasjon til vedtakelse av korrupsjonsbestemmelsen i strl §128: NOU 2002:22 pkt 3.2

⁴¹ OECDs evalueringsrapport (2004) s. 21.

⁴² I denne retning også Valde (2006) s. 29.

4 Organisasjonspsykologisk forskning

4.1 Mobbing/trakassering har sitt opphav i konflikter

I organisasjonspsykologisk sammenheng kan man betegne en konflikt som en frustrasjon eller en følelse av å være forhindret av en annen part.⁴³ Både trakassering med bakgrunn i varsling og mobbing/trakassering med annen bakgrunn, kan ha sitt opphav i en underliggende konflikt. Slike frustrasjoner omtales flere steder i oppgaven som arbeidskonflikter.

4.2 Sentrale risikofaktorer ved kulturen innad i arbeidsorganisasjonen

Det er flere faktorer som kan påvirke risikoen for arbeidskonflikter. Bl.a. vil enkelte særlige trekk ved organisasjonskulturen kunne bidra til et dårlig kommunikasjonsklima, og således øke risikoen for konflikter og mobbing-/trakassering.⁴⁴ Jeg vil i det følgende presentere noen slike risikofaktorer.

En slik faktor er gruppetenking ved at arbeidsorganisasjonen eller grupperinger innad i denne er preget av en illusjon av enighet/fellesskapsbånd og høy grad av samhandling. Dette kan eksempelvis gi seg utslag i at en samlet ledelse fremmer sin egen personlige agenda, slik at kritikk mot gruppen anses som kritikk mot ledelsen selv, og derfor avvises spontant. Symptomer på gruppetenking kan være at de gruppemedlemmer som stiller seg kritisk eller tvilsom til gruppens beslutninger kan bli utsatt for press i form av negative reaksjoner, for eksempel utstøtelse ved mobbing/trakassering.⁴⁵

En annen risikofaktor foreligger dersom organisasjonskulturen er preget av sterke lydighets-/lojalitetsbånd. For eksempel kan det herske uuttalte lojalitetsnormer på en arbeidsplass, som man følger uten at man selv er klar over det. Dette kan medføre ubevisste negative reaksjoner mot noen som handler i strid med slike normer ved å

⁴³ Jfr Pedersen/Einarsen, Håndtering av konflikter s. 50.

⁴⁴ Taraldset/Wik/Remø (2003) s. 6-9.

⁴⁵ Jfr Taraldset/Wik/Remø (2003) s. 4.

uttrykke uenighet eller kritikk.⁴⁶ Slike negative reaksjoner kan utvikle seg til mobbing/trakassering mot den som kritiserer fellesskapet.

4.3 Organisasjonskulturen kan påvirke ledelsens konflikthåndtering

Risikofaktorer ved organisasjonskulturen som nevnt i pkt 4.2, kan påvirke ledelsens håndtering av konflikter på arbeidsplassen.⁴⁷ Dette kan være tilfellet dersom lederen som følge av gruppetenking, ubevisst ønsker beskytte eget omdømme fremfor den svake part i konflikten/mobbeofferet.⁴⁸ Ledelsens manglende/dårlige konflikthåndtering vil igjen kunne påvirke konfliktforløpet og dermed også øke risikoen for mobbing/trakassering ytterligere.⁴⁹

Det skilles mellom strategisk og spontan konflikthåndtering.⁵⁰ En strategisk god håndtering av konflikten virker modererende, og vil bidra til en løsning på problemet. En ledelse som reagerer spontant unnvikende eller defensivt, eksempelvis med taushet eller aggresjon, vil imidlertid kunne øke risikoen for en intensivering av konflikten, idet konfliktpartenes frustrasjon vil øke.

4.4 Personfaktorer – ”den fundamentale attribusjonsfeil”

I forbindelse med negative reaksjoner på uenighet/kritikk, kan også nevnes et psykologisk fenomen som ofte betegnes som ”den fundamentale attribusjonsfeil”: Man tenderer ubevisst å se andres adferd som utslag av deres personlige egenskaper. Dette kan påvirke lederes evne til å oppfatte signaler og risikofaktorer som ikke kan tilskrives personforklaringer, og bidrar til at mobbeofferet stigmatiseres som årsak til problemene.⁵¹ Dette kan eksempelvis føre til at en konflikt med bakgrunn i varsling om kritikkverdige forhold kamufleres som en ren personkonflikt.⁵² En bør derfor være

⁴⁶ Jfr Taraldset/Wik/Remø (2003) s. 5.

⁴⁷ Jfr Taraldset/Wik/Remø (2003) s. 25.

⁴⁸ Taraldset/Wik (2005) s. 17.

⁴⁹ Se Leymann, Mobbing Encyklopedia, www.leymann.se.

⁵⁰ Jfr Pedersen/Einarsen (2007) s. 83.

⁵¹ Jfr Pedersen/Einarsen, (2007) s. 69-70.

⁵² Taraldset/Wik, (2005) s. 17. Smln fase nr 4 i Bjørkelo/Rybergs modell nedenfor i pkt 4.5.2.

varsom med å klassifisere en konflikt som ren personkonflikt, uten å ta organisasjonskulturen og de psykologiske prosesser ved arbeidskonflikter i betraktning.

4.5 Konflikters eskaleringsprosess

4.5.1 Konflikteskalering: Fra sak til person

Det er bred enighet i organisasjonspsykologisk forskning om at dersom en konflikt får fortsette, vil den kunne utvikles i gjenkjennbare faser eller trinn.⁵³ Pedersen/Einarsen fremstiller dette som tre faser: Saks-, person- og krigsstadiet.⁵⁴

Saksstadiet innebærer at partene i utgangspunktet er uenige om en sak. Dette kan føre til frustrasjon dersom motparten ikke lar seg overbevise. Det kan være faglig uenighet, eller det kan være uenighet vedrørende kritikkverdige forhold på arbeidsplassen. Argumentasjonen vil kunne hardne til, i takt med erkjennelsen av at ordinær argumentasjon ikke fører frem, hvilket vil medføre risiko for at konflikten blir stadig mer personorientert.⁵⁵

Personstadiet vil eksempelvis kunne innebære at man forklarer uenigheten og konflikten med motpartens personlighet, og ser motparten som en trussel både mot egne interesser og virksomheten. Personrettet argumentasjon medfører rask eskalering av konfliktbildet. Fra den ene parts side viser motparten gjennom argumentasjon, handlinger og oppførsel at vedkommende besitter en rekke negative egenskaper, for eksempel upålitelighet, egoisme eller ondskap. Dette vil etter hvert kunne medføre at man ser motparten som en trussel som må bekjempes med alle midler. En går dermed over i krigsstadiet: Partene er nå av den oppfatning at den eneste tenkelige løsningen er å få fjernet motparten. I denne forbindelse vil mobbing-/trakassering anses som et legitimt virkemiddel.⁵⁶

⁵³ Pedersen (2002) s. 71.

⁵⁴ Jfr Pedersen/Einarsen (2007) s. 89-90.

⁵⁵ Jfr Pedersen (2002) s. 73.

⁵⁶ Jfr Pedersen,(2002) s. 74.

Som eksempel på at mobbing-/trakassering er en opptrappende prosess, kan nevnes saksforholdet i Rt.1997.786(Falken). Saken gjaldt spørsmål om arbeidsgivers erstatningsansvar som følge av mobbing/trakassering på arbeidsplassen. Før mobbeofferet ble ansatt som stasjonsleder, var det en konflikt mellom øvrige ansatte og Falkens sentralledelse vedrørende bemanningssituasjonen. De ansatte ønsket ytterligere en ansatt på grunn av sterkt arbeidspress. Det var dermed i utgangspunktet tale om en sakskonflikt. Mobbeofferet (A), ble ansatt som stasjonsleder på bakgrunn av at hun i motsetning til de øvrige ansatte, ikke stilte som vilkår at arbeidsgiver måtte ansette ytterligere en person på stasjonen. Hun ble av de øvrige ansatte derfor identifisert med arbeidsgivers interesser. Som følge av de ansattes frustrasjon og aggresjon mot sentralledelsen, oppstod et dårlig samarbeidsforhold mellom de ansatte og A. Konflikten ble personorientert og kulminerte i en omfattende mobbing av A, herunder i form av utstøting, verbale trusler, skremmende og plagsomme handlinger. Dette er i samsvar med Pedersen/Einarsens beskrivelse av mobbing som en gradvis opptrappende prosess, fra sakskonflikt til personkonflikt med aggresjon, mobbing og utstøting.⁵⁷

4.5.2 Sammenfallende eksaleringsprosess ved trakassering/gjengjeldelse

Bjørkelo/Ryberg tar i sin hovedoppgave i psykologi⁵⁸ for seg en varslingssak, og beskriver varslersens opplevelser før, under og etter han varslet ledelsen om kritikkverdige forhold på arbeidsplassen. Oppgaven viser at gjengjeldelsesprosessen en varslers utsettes for, deler likhetstrekk med den prosessen et mobbeoffer utsettes for. Ved å sammenholde en modell for konflikteskalering i varslingssaker⁵⁹ med en modell for konflikteskalering i mobbesaker⁶⁰, fant Bjørkelo/Ryberg at partenes handlingsmønster, de negative handlinger og de helsemessige konsekvensene for mobbeoffer/varsler i stor grad var sammenfallende⁶¹.

⁵⁷ Se Pedersen/Einarsen (2007) s. 104.

⁵⁸ Bjørkelo/Ryberg (2004).

⁵⁹ Se Soekens modell i Bjørkelo/Ryberg (2004) s. 10.

⁶⁰ Se Leymanns modell Bjørkelo/Ryberg (2004) s. 18

⁶¹ Bjørkelo/Ryberg (2004) s. 46.

Deres sammenligning av to modeller resulterte i en modell⁶² som kan sammenfattes slik:

1. Oppdagelse av det kritikkverdige forholdet
2. Refleksjon
3. Konfrontasjon/Kritisk hendelse
4. Gjengjeldelse/Mobbing og stigmatisering
 - 4a. Ledelsens inntog
 - 4b. Utstøting
5. Den lange ventetiden
6. Sakens avslutning
7. Helsemessige konsekvenser
8. Løsning

Fra tidspunktet hvor varsleren konfronterer ledelsen med det kritikkverdige forholdet, synes eskaleringsprosessen i stor grad å være sammenfallende med hendelsesforløpet i mobbesaker: Det oppstår en kritisk hendelse, som kan utvikles til en eskalerende konflikt (fase nr 3). Ved ledelsens manglende håndtering av varselet/konflikten vil det oppstå risiko for konflikteskalering.⁶³

Konflikteskalering vil kunne medføre at varsleren utsettes for gjengjeldeshandlinger (fase nr 4). Denne behandlingen av varsleren ligner de mest vanlige negative handlingene ved mobbing: Varsleren i Bjørkelo/Rybergs kasusstudie ble utsatt for systematiske og gjentatte gjengjeldeshandlinger: Han ble stigmatisert som upålitelig, og ansvarliggjort for det vanskelige arbeidsmiljøet. Videre ble han utsatt for ryktespredning, han ble ”ostracized”, og kolleger stivnet idet han entret et rom. Utstøtelsesprosessen eskalerte videre, og han ble utsatt for faglig devaluering, samt sosial og organsiatorisk utstøting, hvilket også er blant de mest vanlige mobbebehandlinger.⁶⁴

⁶² Bjørkelo/Ryberg (2004) s. 46.

⁶³ Bjørkelo/Ryberg (2004) s. 47.

⁶⁴ Bjørkelo/Ryberg (2004) s. 48.

Dersom ledelsen ikke er innblandet i konflikten fra begynnelsen av, vil neste fase i konflikten være ledelsens inntog (fase nr 4a). Dette er vanlig både i mobbesaker og i varslersaker. Ledelsen kan misoppfatte situasjonen og dermed sympatisere med en av konfliktpartene. Dette resulterer i at mobbeofferet/varsleren blir gjort til syndebukk. Konflikten eskalerer ytterligere, og medfører en maktubalanse ved at alle ”parttakers” i konflikten, inkludert ledelsen, deler de negative holdningene rettet mot mobbeofferet. Dette har ofte den følge at ledelsen ønsker å støte ut mobbeofferet fra organisasjonen.⁶⁵

Utstøtelsesfasen (nr 4b) er vanligvis også en opptrappende prosess: Arbeidstakeren mobbes, for så å bli sett på som upålitelig med den følge at han/hun blir isolert fra gruppen. Et vanlig virkemiddel er å bli fratatt arbeidsoppgaver, eller omplassert til en stilling uten reelt innhold og dermed diskvalifisert i forhold til sine evner som arbeidstaker. Dette blir ofte gjort på grunnlag av omfattende ”bevis”, som tegner et bilde av mobbeofferet som en kverulerende og unyttig arbeidstaker, og at ledelsen har gjort det meste for å beholde offeret som arbeidstaker. Stigmatisering og omfattende mobbing på dette stadiet, vil påvirke mobbeofferets fysiske og psykiske helse på lang sikt, og kan føre til langvarig sykemelding. Det at mobbeofferet ikke er i stand til å gå på jobb, medfører i praksis utstøtelse fra organisasjonen.⁶⁶

I perioden mellom gjengjeldelses-/utstøtelsesfasen (nr. 4) og sakens avslutning ved dom/forlik(nr. 6) følger en lang ventetid (fase nr. 5), som ofte kan vare over flere år. Velger mobbeofferet/varsleren å prøve saken for domstolene, vil den rettslige prosessen innebære en repetisjon av de traumatiske opplevelsene, og dermed en ytterligere ”*victimisation*”, hvor offeret vil kunne begynne å tvile på seg selv og sine intensjoner. I den konkrete varslingsaken beskrevet i Bjørkelo/Rybergs oppgave, opplevde varsleren at han fikk liten støtte og forståelse, og han at hadde skylden for konflikten opptrapping etter at han ”blåste i fløyten”.⁶⁷

⁶⁵ Bjørkelo/Ryberg (2004) s. 48.

⁶⁶ Bjørkelo/Ryberg (2004) s. 49.

⁶⁷ Bjørkelo/Ryberg (2004) s. 50.

De helsemessige konsekvenser av mobbing og varsling/gjengjeldelse (fase nr 7) ligner hverandre både i art og omfang. Dette underbygges av Bjørkelo/Rybergs modell, som viser at det i begge tilfeller er tale om en gjentatt og systematisk økende gjengjeldelse-/mobbeopprosess. Videre underbygges dette av maktubalansen mellom varsler/mobbeoffer på den ene side og motparten, inkludert ledelsen, på den annen side. Når effekten av gjengjeldelseshandlingene begynner å vise, vil varsleren/mobbeofferet ofte bli evaluert av psykiatrisk sakkyndige og feildiagnostisert som mentalt syk, uten mulighet til å forsvare seg. I den konkrete saken beskrevet ovenfor, følte varsleren også at han forandret seg som person som følge av den systematiske negative behandling han ble utsatt for.⁶⁸

5 Nærmere om innholdet i aml §§4-3(3) og 2-5

5.1 Aml §4-3(3)

5.1.1 Når foreligger "trakassering"/"utilbørlig opptreden", jfr aml §4-3(3)?

Aml §4-3(3) er en videreføring av aml (1977) §12(1) 3.pkt. Bestemmelsen oppstiller et forbud mot at arbeidstaker utsettes for "trakassering eller annen utilbørlig opptreden". Forbudet er generelt utformet, og omfatter etter ordlyden alle former for trakassering, herunder fenomenet mobbing.⁶⁹ Det avgrenses i denne oppgaven mot trakassering i forbindelse med særlig vernede diskrimineringsgrunnlag, samt seksuell trakassering. Disse former for trakassering rammes i tillegg av henholdsvis aml §§13-1 flg og likestl §8a. §4-3(3) har selvstendig betydning kun når det er tale om trakassering i form av mobbing på grunn av en underliggende konflikt.

Spørsmålet er hva som kan betegnes som "trakassering"/"utilbørlig opptreden", jfr aml §4-3(3). En naturlig tolkning av ordlyden tilsier at det må være tale om negativ adferd

⁶⁸ Bjørkelo/Ryberg (2004) s. 50.

begått av arbeidsgiver eller øvrige arbeidstakere. Imidlertid må uttrykket ”utilbørlig” sies å markere en terskel, slik at ikke enhver negativ adferd kan sies å være trakassering. Dette innebærer en begrensning i anvendelsesområdet med tanke på adferdens art og omfang. Jeg vil i det følgende betegne dette som kvalifikasjonskrav. Det nærmere spørsmålet er hvilke kvalifikasjonskrav som følger av §4-3(3).

Uttrykkene ”trakassering”/”utilbørlig opptreden” er i følge forarbeidene utformet som en rettslig standard.⁷⁰ Dette innebærer at spørsmålet om en negativ adferd kan betegnes som trakassering i bestemmelsens forstand, kan variere med ulike tider og miljøer. Det er ikke mulig å gi en totaldefinisjon av begrepet, da dette vil kunne innsnevre nedslagsfeltet unødig.⁷¹

I henhold til Rt.1997.1506 (Apoteker) vil spørsmålet måtte bero på en konkret vurdering.⁷² Saken gjaldt spørsmål om arbeidsgivers ansvar for arbeidsmiljøet, herunder det psykososiale arbeidsmiljø og forbudet mot mobbing/trakassering. Vedrørende arbeidsgivers kontraktsansvar uttalte Høyesterett at ”om det foreligger mislighold (...) må bero på en totalvurdering”. Her kan en rekke momenter ha betydning, særlig adferdens art og omfang.

Et spørsmål er hvilke negative handlinger som etter sin art kan betegnes som ”trakassering”, jfr §4-3(3).

Ordlyden gir ingen veiledning utover kravet til kvalifisert negativ adferd. I henhold til forarbeidene, kan trakassering foregå på en rekke forskjellige måter, vanligvis slik at *”de vanlige former for omgangsform og samarbeid ikke lenger blir fulgt overfor den som utsettes for slik behandling. Dette oppleves krenkende og isolerende, og kan gi alvorlige helsekonsekvenser i form av fysiske og psykiske lidelser.”*⁷³

⁶⁹ Innst.O.nr.2(1994-1995) s. 7 og s. 17-18. Jfr også Pedersen (2002) s. 41

⁷⁰ Ot.prp.nr.50(1993-1994) s. 230.

⁷¹ Pedersen (2002) s. 42.

⁷² Rt.1997.1506 (Apoteker) s. 1513.

⁷³ Jfr NOU 2004:5 s. 96.

Det fremgår av Apoteker-dommen at enkelthandlinger som ikke i seg selv kan betegnes som negativ adferd, likevel kan inngå i et handlingsmønster som totalt sett oppfyller bestemmelsens krav til kvalifisert negativ adferd.⁷⁴ Arbeidsgivers beskjeder til de ansatte via post-it-lapper og telefakser ble i utgangspunktet ansett som en vanlig akseptert kommunikasjonsform. I dette konkrete tilfellet ble imidlertid de enkelte lappene og telefaksene sett i sammenheng, og det avgjørende var omfanget og detaljstyringen gjennom lappene/telefaksene.

Et annet spørsmål er hvilket omfang av negativ adferd som kvalifiserer til ”utilbørlig opptreden”/”trakassering”, jfr aml §4-3(3). I henhold til Rt.1997.786, må det være tale om gjentatte negative handlinger. Dette fremgår også av arbeidstilsynets definisjon⁷⁵ og juridisk teori.⁷⁶ Høyesterett antyder et omfang av uetiske handlinger på minst en gang i uken over minst et halvt år.⁷⁷

I opptrappende arbeidskonflikter, vil dette vilkåret normalt være oppfylt som følge av at eskaleringsprosessen strekker seg over tid, noen ganger over flere år.⁷⁸ Vilkåret kan også være oppfylt ved en enkeltstående handling, dersom den får langvarige konsekvenser for mobbeofferet, f.eks arbeidsgivers beslutning om omplassering av arbeidstaker mot vedkommendes vilje, eller beslutning om fratakelse av arbeidsoppgaver.⁷⁹

Som ledd i den konkrete vurdering må man se hen til hva som kan betegnes som en påregnelig sosial belastning.⁸⁰ Dette vil nødvendigvis måtte variere mellom ulike miljøer til ulike tider. Påregnelighetskravet innebærer at arbeidstakers subjektive opplevelse av å være mobbet ikke kan være avgjørende dersom belastningen ikke overskrider det som må påregnes i den aktuelle situasjonen.⁸¹

⁷⁴ Rt.1997.1506 (Apoteker) s. 1514

⁷⁵ Se pkt 5.1.2.2.

⁷⁶ Jfr Pedersen (2002) s. 76.

⁷⁷ Rt.1997.786 (Falken) s. 792.

⁷⁸ Jfr Pedersen (2002) s. 76

⁷⁹ Jfr Pedersen (2002) s. 76.

⁸⁰ Jfr Pedersen (2002) s. 40.

⁸¹ Om bevisproblematikken som følge av partenes ulike virkelighetsoppfatning, se pkt 6.3.3.

5.1.2 Nærmere om mobbe-/trakasseringsbegrepet ved arbeidskonflikter

5.1.2.1 Plassering i organisasjonspsykologisk perspektiv

Det henvises til pkt 4.1-5.1.2 om forklaring av begrepet arbeidskonflikter, konfliktenes årsaker, og eksaleringsprosess. Det fremgår av dette at mobbing på arbeidsplassen ikke er et ”enten-eller”-fenomen, men en gradvis opptrappende prosess. Trakasseringsforbudet i §4-3(3) må dermed ses i lys av dette.

5.1.2.2 Arbeidstilsynets definisjon

En anerkjent definisjon av mobbing er Arbeidstilsynets definisjon:

*”Det er mobbing når en person gjentatte ganger og over tid utsettes for negative handlinger. Dette kan dreie seg om trakassering, plaging, utfrysing, sårende erting o.l. Det er typisk for situasjonen at offeret ikke er i stand til å forsvare seg. Dersom partene som står mot hverandre er like sterke eller det handler om enkeltstående episoder, defineres det ikke som mobbing.”*⁸²

5.1.2.3 Styrkeforholdet mellom partene

Arbeidstilsynets definisjon fremhever betydningen av ubalanse i styrkeforholdet mellom konfliktpartene, hvilket også er fremhevet i juridisk teori.⁸³ Dette innebærer at selv om partene i en eskalerende konflikt har tatt i bruk virkemidler som isolert sett kan anses trakasserende, er det også et ytterligere vilkår for overtredelse av trakasseringsgrensen at det foreligger en skjevhet i maktbalansen mellom partene.

⁸² Se Arbeidstilsynets faktaside om mobbing på arbeidsplassen:
<http://www.arbeidstilsynet.no/c26976/faktaside/vis.html?tid=28225>

⁸³ Pedersen (2002) s. 76.

Graden av maktubalanse vil variere avhengig av konfliktforløpet og hvem som involveres i konflikten: Dersom man er i konflikt med en overordnet, vil det være en maktubalanse fra konfliktens begynnelse.⁸⁴ Er man i konflikt med en i utgangspunktet jevnbyrdig part, kan styrkeforholdet forskyves etter hvert som konflikten eskalerer. Eksempelvis kan dette være tilfelle dersom en part vinner omgivelsenes støtte i tilstrekkelig grad. Dette vil ofte skje hvor konflikten har eksalert til krigstadiet⁸⁵, og omgivelsene, som følge av dårlig arbeidsmiljø, føler seg tvunget til å ta et standpunkt i konflikten. Særlig ved ledelsens inntreden i konflikten vil graden av maktubalanse være stor.⁸⁶ Styrkeforholdet forskyves ytterligere dersom det foreligger konflikt med offentlig arbeidsgiver, se for eksempel TOSLO-2001-2713 (Luftfartstilsynet).⁸⁷

Et spørsmål er om graden av maktubalanse påvirker terskelen for når den negative adferd er kvalifisert, jfr §4-3(3).⁸⁸ Hensynet til arbeidsgivers rettsvern og faren for misbruk av trakasseringsforbudet tilsier at kvalifikasjonskravene med hensyn til den negative adferds art og omfang ikke kan stilles for lavt.

Imidlertid vil en konflikt preget av sterk maktubalanse nødvendigvis føre til en sterkere opplevelse av å være trakassert hos den svake part, og dermed økt risiko for psykiske lidelser. Konflikten eskalerer, og følelsen av å være trakassert vil inntre på et tidligere stadium enn tilfeller hvor konflikten i utgangspunktet foregår mellom to jevnbyrdige parter. Hensynet til arbeidstaker og prinsippet om et inkluderende arbeidsliv tilsier dermed at trakasseringsbegrepets krav til kvalifikasjon senkes ved høy grad av skjevhet i styrkeforholdet, eksempelvis i konflikter med ledelsen.

Dette støttes av juridisk teori som fremhever at arbeidsgiver indirekte kan opptre trakasserende gjennom å oppfatte den svake/tapende parten som problemet, istedetfor å fokusere på den underliggende konflikten og forsøke å løse denne.⁸⁹ Dette er tilfelle

⁸⁴ Pedersen (2002) s. 76.

⁸⁵ Om de ulike stadier i eksaleringsprosessen, se pkt 4.5.1.

⁸⁶ Pedersen (2002) s. 76.

⁸⁷ Saksforholdet referert i pkt 2.2.

⁸⁸ Se pkt 5.1.1 vedrørende trakasseringsbegrepets kvalifikasjonskrav, dvs krav til den negative adferds art og omfang.

⁸⁹ Se Pedersen (2002) s. 77. Jfr kap 4 om organisasjonpsykologisk forskning vedrørende konflikter og konflikteskalering.

dersom ledelsen velger å støtte den ene part i konflikten, mens den andre stemples som problemets kjerne. Dersom arbeidsgiver ikke forsøker å løse konflikten, men i stedet benytter styringsretten til å omplassere/endre arbeidsoppgavene til den svake part i konflikten, vil dette kunne betegnes som trakassering, selv om handlingen isolert sett kan forklares saklig.⁹⁰

Det gjelder altså en lavere terskel for å konstatere trakassering dersom det er arbeidsgiver som utfører de negative handlinger. Dette er naturlig ikke bare i lys av at arbeidsgiver har det overordnede ansvaret for at arbeidsmiljølovens krav overholdes, jfr aml §2-1, men også i lys av at arbeidsgiver i kraft av sin styringsrett er den sterke part i avtaleforholdet.⁹¹ Sistnevnte synes å trekke ytterligere i retning av at maktubalansen generelt sett vil påvirke terskelen for når negativ adferd kan betegnes som trakassering. Som eksempel kan nevnes tilfeller hvor ledelsen ikke er involvert i konflikten, men grupperinger blant øvrige ansatte står med samlet front mot mobbeofferet.

5.1.2.4 Krav til mobbeintensjon?

Ikke sjelden vil trakasserende adferd utøves ubevisst fra mobberens side. Dette viser seg eksempelvis ved situasjoner som nevnt overfor i pkt 4.2 og 4.3: Når organisasjonskulturen er sterkt preget uskreve sosiale normer som følge av gruppetenking og lojalitet. Dette kan føre til at både arbeidstakere og ledelse ubevisst reagerer negativt og trakasserende på kritikk og uenighet mot gruppen.⁹²

Dette reiser spørsmål om trakasseringsbegrepet medfører et krav til intensjon hos utøveren av negativ adferd. Ordlyd og forarbeider er taus på dette punkt. Rettspraksis synes heller ikke å ha fanget opp problemet. Hensynet til arbeidsgivers rettsvern kan imidlertid tale for at ansvar for ubevisst opptreden er å trekke trakasseringsbegrepet for langt. På den annen side har arbeidsgiver i kraft av aml §2-1 ansvar for at lovens krav opprettholdes, herunder en god kommunikasjonskultur slik at trakasseringsforbudet overholdes.

⁹⁰ Pedersen (2002) s. 77.

⁹¹ Jfr NOU 1999:34 s. 153 om styrkeforholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker.

⁹² Jfr pkt 4.2 og 4.3 om organisasjonskulturens betydning for konfliktnivået på arbeidsplassen.

Selv om arbeidsgiver/øvrige arbeidstakere ikke mener å opptre trakasserende, vil handlingen kunne ha en trakasserende effekt på mobbeofferet. Hensynet til arbeidstaker tilsier dermed at det er handlingens objektive preg av å være utilbørlig, samt den trakasserende virkning hos offeret som bør være avgjørende. Et trakasseringsforbud som ikke rammer tilfeller av ubevisst trakassering vil ha liten effekt: Det er kun utøveren av negativ adferd som kan uttale seg om intensjonen bak denne. En slik regel vil skape en umulig bevissituasjon, hvilket taler for at trakasseringsbegrepet ikke innebærer et krav til intensjon hos mobberen.⁹³

5.1.3 Håndheving av trakasseringsforbudet i aml §4-3(3)

Trakasseringsforbudet har tradisjonelt vært underlagt offentligrettslig håndheving ved arbeidstilsynets påleggskompetanse, jfr aml §18-6. Arbeidstilsynets rolle er imidlertid begrenset, idet tilsynet først og fremst er ment å overvåke det forebyggende HMS-arbeidet på arbeidsplassen. Det erkjennes også i forarbeidene at arbeidstilsynet verken har kapasitet eller kompetanse til å gå inn som konfliktløsere i enkeltsaker: *"Konflikter dreier seg ofte om personalsaker som det i praksis er svært vanskelig for etaten å gå inn i, utover å gi generell veiledning/informasjon til de involverte parter."*⁹⁴

Det er i rettspraksis åpnet for en privatrettslig håndheving av trakasseringsforbudet: Ved brudd på reglene om arbeidsmiljøet, kan arbeidstaker gå til søksmål med påstand om kontraktsbrudd,⁹⁵ eller i medhold av alminnelige erstatningsrettslige regler om skyldansvar⁹⁶. En kan imidlertid ikke utlede hjemmel for erstatning direkte fra §4-3(3).

⁹³ Dette støttes av Pedersen/Einarsen (2007) s. 114.

⁹⁴ NOU 2004:5 pkt 11.1.5.7. Her ser man igjen en fokus på personforklaringer ved arbeidskonflikter, hvilket kan tyde på en manglende organisasjonspsykologisk kompetanse også hos lovgiver.

⁹⁵ Jfr Rt.1997.1507 (Apoteker)

⁹⁶ Jfr Rt.1993.616 (Mjøsbruket) og Rt.1997.786 (Falken) som gjaldt arbeidsgivers objektive ansvar etter skl §2-1.

5.2 Aml §2-5

5.2.1 Kort om "varsling om kritikkverdige forhold" jfr aml §2-4

Gjengjeldelsesforbudet i §2-5 aktiveres dersom arbeidstaker utsettes for gjengjeldelse på grunn av varsling i samsvar med §2-4. Varsling foreligger når arbeidstaker sier fra på en forsvarlig måte om kritikkverdige forhold i virksomheten, såkalt "whistleblowing". Varslingsadgangen innebærer med dette en rett for arbeidstaker til å ytre seg om forhold av allmenn interesse, f.eks korrupsjon, brudd på etiske retningslinjer, praksis med fare for liv og helse, eller dårlig arbeidsmiljø.⁹⁷ Hensynet til arbeidsgiver er søkt ivaretatt ved kravet til forsvarlig fremgangsmåte, jfr §2-4(2). Graden av allmenn interesse vil påvirke hva som kan anses som forsvarlig varsling.⁹⁸ Hensynet til arbeidsgiver får mindre vekt, jo alvorligere forhold det varsles om.⁹⁹ Dette innebærer eksempelvis at varsling til media lettere vil kunne anses forsvarlig dersom det varsles om alvorlig fare for liv og helse.

Det kan spørres om hvilke forhold som er av allmenn interesse. I henhold til forarbeidene vil dette bero på en konkret vurdering, hvor terskelen for varsling ikke må settes for høyt. Det uttales i denne forbindelse at det som faller utenfor varslingsadgangen er *"forhold som kun er av intern eller personlig interesse, slik tilfellet normalt vil være i forhold til for eksempel interne personkonflikter."*¹⁰⁰ En slik avgrensning skaper problemer dersom det eksempelvis er varslet om mobbing/trakassering i strid med aml §4-3(3). Som fremgår av pkt 4.2 og 4.3 kan personorienterte konflikter være et utslag av konfliktskapende trekk ved organisasjonen, hvilket kan ha allmenn interesse. Et vanlig psykologisk fenomen er også at man kamouflerer en varslingssituasjon som en personkonflikt, f.eks ved å stemple varsleren som upålitelig, vanskelig, og den egentlige årsak til problemet.¹⁰¹ Det som fra virksomhetens side betegnes som intern personkonflikt kan således skjule alvorlige

⁹⁷ Jfr Ot.prp.nr.84(2004-2005) s. 51-52.

⁹⁸ Jfr Ot.prp.nr.84(2004-2005) s. 52.

⁹⁹ I denne retning også NOU 2004:5 pkt 18.2.4

¹⁰⁰ Jfr Ot.prp.nr.84(2004-2005) s. 52.

¹⁰¹ Jfr pkt 4.4, se også pkt 4.5.2 og fase nr 4a i Bjørkelo/Rybergs modell.

kritikkverdige forhold ved organisasjonen. Rammen for varslingsadgangen etter §2-4, og dermed rekkevidden av §2-5 synes noe uavklart på dette punkt.

5.2.2 Gjengjeldelsesbegrepet i aml §2-5

Spørsmålet er hva som ligger i begrepet ”gjengjeldelse”, jfr aml §2-5. Begrepet vil i henhold til en naturlig tolkning av ordlyden kunne ramme enhver negativ handling dersom denne er en sanksjon på varsling etter aml §2-4. Dette støttes av forarbeidene, hvor det uttales at *”enhver ugunstig behandling som kan ses som en følge av og en reaksjon på varsling, skal i utgangspunktet regnes som gjengjeldelse.”*¹⁰²

Forbudet vil således i kraft av sitt vide anvendelsesområde ramme alle former for gjengjeldelse. Ettersom tema for oppgaven er mobbing/trakassering, avgrenses det mot formelle gjengjeldelsesreaksjoner som er lettere å bevise rettslig, eksempelvis oppsigelse, avskjed, suspensjon, etc. Dette er reaksjoner som er lettere å bevise rettslig, og vil ikke bare kunne rammes av §2-5, men også av lovens sterke oppsigelsesvern og generelle arbeidsrettslige normer for saklighet og forsvarlig saksbehandling.¹⁰³ Slike tvister vil kunne være skadelige for arbeidsgiver, i lys av eventuelle erstatningskrav eller tap av omdømme. Ønsker man å presse ut en arbeidstaker uten å vekke oppsikt eller rammes av reglene, kan dette i stedet skje i form av subtile, vanskelig dokumenterbare handlinger i form av skjult mobbing.

Det henvises i forarbeidene til trakasseringsforbudet i §4-3(3).¹⁰⁴ Gjengjeldelsesbegrepet favner videre enn trakasseringsbegrepet ettersom ordlyden ikke oppstiller krav til den negative adferds art og omfang.¹⁰⁵ I motsetning til trakasseringsforbudet i aml §4-3(3), vil imidlertid begrepet ”gjengjeldelse” naturlig tolket innebære et krav til motivet bak den negative handling. Den negative adferd må være en sanksjon på varsling i samsvar med §2-4. Problemet er altså ikke å konstatere

¹⁰² Ot.prp.nr.84(2005-2006) s. 52.

¹⁰³ Jfr Rt.2001.418. Det fremgår på s. 429 at arbeidsgivers styringsrett begrenses av allmenne saklighetsnormer og krav til forsvarlig saksbehandling.

¹⁰⁴ Jfr Ot.prp.nr.84(2005-2006) s. 52.

om den negative adferd er kvalifisert,¹⁰⁶ men om den kan regnes som en følge av og reaksjon på varslingen. Kravet til motivasjon skaper problemer i forhold til ubevisste negative reaksjoner som nevnt i pkt 4.2-4.3: Dersom organisasjonskulturen og ledelsen er preget av gruppetenkning og lojalitet, kan varsling om kritikkverdige forhold medføre negative reaksjoner som følge av et ubevisst behov for opprettholdelse av eget selvilde. Problemet er ikke nevnt i forarbeidene. Lovgivers taushet på dette punkt, kan igjen tyde på manglende kompetanse om organisasjonspsykologiske prosesser i arbeidskonflikter.

5.2.3 Håndheving av gjengjeldelsesforbudet i §2-5

Arbeidstilsynet har ikke påleggskompetanse i enkeltsaker etter §§2-4 og 2-5, jfr aml §18-6. Håndheving av §2-5 i enkelttilfeller er i utgangspunktet privatrettslig. Det er lagt til rette for dette ved delt bevisbyrde og en selvstendig rett til oppreisning uten hensyn til arbeidsgivers skyld, jfr §2-5(1) og (3).

6 Forholdet mellom §4-3(3) og §2-5

6.1 Overlappende anvendelsesområde

Aml §4-3 har et generelt anvendelsesområde, og vil ramme alle former for trakassering.¹⁰⁷ Dersom trakasseringen er en følge av og en reaksjon på varsling i samsvar med aml §2-4, vil denne etter ordlyden også rammes av gjengjeldelsesbegrepet i aml §2-5. I forarbeidene uttales det at ”gjengjeldelsesvernet supplerer og er delvis overlappende med (...) forbudet mot trakassering i arbeidsmiljøloven.”¹⁰⁸

¹⁰⁵ I det følgende betegnet som kvalifikasjonskrav. Smln aml §4-3(3) og trakasseringsbegrepets krav til kvalifisert negativ adferd, jfr pkt 5.1.1.

¹⁰⁶ Se note 68.

¹⁰⁷ Jfr pkt 5.1.1 og 5.1.2 om trakasseringsbegrepets innhold.

¹⁰⁸ Ot.prp.nr.84(2005-2006) s. 52

En kan med dette spørre om gjengjeldelsesforbudet i §2-5 kan sies å være en lex specialis i forhold til trakasseringshandlinger i strid med §4-3(3). I henhold til ordlyd og forarbeider gjelder forbudet mot trakassering uavhengig av om arbeidstakers ytring er vernet av varslingsreglene.¹⁰⁹ Trakassering vil således aldri være en lovlig reaksjon. Eksempelvis vil trakasseringsforbudet kunne komme til anvendelse dersom arbeidstaker varsler utenfor rammene av §2-4, slik at gjengjeldelsesvernet i §2-5 ikke aktiveres.

Konfliktpartenes handlingsmønster synes å være sammenfallende ved mobbing/trakassering etter varsling og mobbing/trakassering med annen konfliktbakgrunn.¹¹⁰ Dermed synes det kun å være varslingsmomentet som skiller mobbing/trakassering etter varsling og mobbing/trakassering med annen konflikt bakgrunn. Dette kan tale for å anse §2-5 som en lex specialis i så henseende.

Et annet problem er den nærmere grensedragningen mellom §4-3(3) og §2-5 i de tilfeller hvor varslingen faller utenfor §2-4 og gjengjeldelseshandlingene dermed ikke rammes av §2-5. Dette vil eksempelvis være tilfelle dersom forholdet det varsles om ikke har tilstrekkelig allmenn interesse.¹¹¹ I henhold til forarbeidene kan dette være tilfelle ved varsling om rene personkonflikter.¹¹² Som fremgår i pkt 5.2.1 er grensen uklar mellom rene personkonflikter og tilfeller hvor det er varslet om kritikkverdige forhold ved organisasjonskulturen som fører til mobbing/trakassering. Bestemmelsenes ordlyd og forarbeider gir ingen veiledning i så måte. Det synes med dette å være en svært tynn grense mellom bestemmelsene.¹¹³

¹⁰⁹ Ot.prp.nr.84(2005-2006) s.22

¹¹⁰ Jfr pkt 4.5.2 om sammenfallende eskaleringsprosess uavhengig av konfliktbakgrunn.

¹¹¹ Jfr pkt 5.2.1 om rammene for varslingsadgangen etter §2-4.

¹¹² Jfr Ot.prp.nr.84(2005-2006) s. 52.

¹¹³ Jfr rettspolitisk diskusjon omkring forholdet mellom bestemmelsene i pkt 9.2.

6.2 Materiell rekkevidde

6.2.1 Trakasseringsbegrepet og gjengjeldelsesbegrepet: Ulik terskel for anvendelse i en opptrappende konflikt?

Som det fremgår av pkt 5.1 og pkt 5.2 om bestemmelsenes rekkevidde, synes begrepet ”gjengjeldelse” i §2-5 etter ordlyden å ha et videre nedslagsfelt enn begrepet ”trakassering” i §4-3(3). Det kan med dette spørres om gjengjeldelsesbegrepet i §2-5 vil ramme negativ adferd i en opptrappende konflikt på et tidligere stadium enn trakasseringsbegrepet i §4-3(3).¹¹⁴

Det foreligger på dette punkt en klar ordlyd: Begrepet ”gjengjeldelse” innebærer at enhver negativ handling vil rammes, såfremt denne er en reaksjon på varsling i samsvar med §2-4. Dette taler for at negativ konfliktadferd vil kunne rammes på et tidligere stadium av konfliktopptrappingen sammenlignet med §4-3(3). Begrepet ”gjengjeldelse” setter ingen krav til kvalifisert negativ adferd, i motsetning til begrepet ”trakassering”.¹¹⁵

Imidlertid er forarbeidene noe uklare vedrørende gjengjeldelsesbegrepets innhold i mobbe/trakasseringssituasjoner, herunder om dette er ment å favne videre enn det opprinnelige gjengjeldelsesvernet i aml 1977 §12(1) 3. pkt (nå aml§4-3(3)).¹¹⁶ Det uttales at gjengjeldelsesvernet styrkes ved vedtakelse av delt bevisbyrde og retten til oppreisning. Det sies imidlertid ikke noe om eventuell endring av gjengjeldelsesvernets materielle innhold i forhold til trakasseringsforbudet.¹¹⁷

På et annet sted i forarbeidene uttales det imidlertid at gjengjeldelsesforbudet ikke skal *”utelukke at arbeidsgiver kommer med motytringer. Det må likevel trekkes en grense mot motargumenter og reaksjoner som har karakter av gjengjeldelse, for eksempel hvis arbeidstaker ”kalles inn på teppet” og får instruksjoner eller advarsler. Arbeidsgivers*

¹¹⁴ Om konflikteskalering, se pkt 4.5.1.

¹¹⁵ Jfr pkt 5.1 om trakasseringsbegrepets kvalifikasjonskrav, herunder krav til den negative adferds art og omfang.

¹¹⁶ Jfr pkt 2.3.

¹¹⁷ Jfr Ot.prp.nr.84(2005-2006) s. 8.

reaksjoner må uansett ikke ha karakter av trakassering.”¹¹⁸ Dette tyder på at enkeltstående motargument med karakter av gjengjeldelse, etter omstendighetene vil kunne rammes av §2-5, selv om det ikke kan betegnes som trakassering. Sammenholdt med ordlyd og hensynet til arbeidstakers behov for klare regler, trekker dette samlet i retning av at §2-5 rammer negativ adferd på et tidligere stadium i en opptrappende konflikt.

6.2.2 Ulik rekkevidde - sammenfallende handlingsmønster

I tråd med drøftelsen i pkt 6.2.1, legges det i det følgende til grunn at gjengjeldelsesbegrepet i §2-5 vil ramme negativ adferd i en opptrappende konflikt på et tidligere stadium enn §4-3(3). Eksempelvis vil gjengjeldelsesbegrepet etter omstendighetene kunne ramme handlinger tidlig i personstadiet,¹¹⁹ før partene synes helt fastlåst i sin oppfatning. I den samme konflikten vil trakasseringsbegrepet kunne ramme negativ adferd først på krigsstadiet.¹²⁰ Den ulike rekkevidde av begrepene kan synes som et paradoks, ettersom konfliktpartenes handlingsmønster i trakasseringstilfellene synes å være sammenfallende, uavhengig av om konflikten har sin bakgrunn i en forutgående varslingssituasjon.¹²¹ Det kan med dette stilles spørsmål om det i lys av partenes sammenfallende handlingsmønster også bør være en sammenfallende terskel for aktivering av forbudene etter henholdsvis §4-3(3) og §2-5. Det nærmere spørsmål er om kvalifikasjonskravene etter §4-3(3) må lempes.¹²²

Preventive hensyn tilsier at trakasseringsbegrepet bør få anvendelse på et tidligst mulig stadium av en personorientert konflikt. Lavere kvalifikasjonskrav kan således skape et incentiv til arbeidsgiver som etter §2-1 er overordnet ansvarlig for det psykososiale arbeidsmiljø om å arbeide aktivt for å forebygge/løse konflikter.

¹¹⁸ Jfr Ot.prpr.nr.84(2005-2006) s. 52.

¹¹⁹ Se pkt 4.5.1 om ulike stadier i konflikters eskaleringsprosess.

¹²⁰ Jfr pkt 4.5.1.

¹²¹ Jfr pkt 4.5.2.

Manglende kvalifikasjonskrav¹²³ i forhold til de negative handlinger som rammes etter §2-5(1) må imidlertid ses i sammenheng med kravet til gjengjelderens motiv. Begrepet ”gjengjeldelse” oppstiller etter ordlyden en begrensning i den forstand at handlingen må være en reaksjon på varsling. Gjengjeldelsesvernet har således et viktig samfunnsmessig aspekt, herunder retten til ytringsfrihet og samfunnets interesse i at kritikkverdige forhold avdekkes.¹²⁴ §4-3(3) har på sin side et generelt anvendelsesområde, og gjelder etter ordlyden uavhengig av om handlingen er en reaksjon på varsling og dermed rammet av §2-5.¹²⁵ Dette kan begrunne en ulik rekkevidde og dermed trekke i retning av at kvalifikasjonskravene etter §4-3(3) ikke bør lempes. Dette støttes også av hensynet til arbeidsgivers rettsvern og faren for misbruk av trakasseringsforbudet.

Faren for misbruk av trakasseringsforbudet vil imidlertid i praksis ha begrenset vekt, idet frykten for negative konsekvenser/represalier ved illojal påstand om trakassering i realiteten vil forebygge eventuelt misbruk av bestemmelsen.¹²⁶

Trakasseringsforbudet i §4-3(3) er begrunnet i hensynet til HMS på arbeidsplassen og prinsippet om et inkluderende arbeidsliv.¹²⁷ Bak dette hensynet ligger imidlertid også et samfunnsmessig aspekt: Reduserte kostnader ved sykefravær som følge av psykiske lidelser, har innvirkning på verdiskapningen i samfunnet. Dette hensyn er forskjellig fra hensynet til ytringsfrihet, idet det ikke er tale om effektivisering av en grunnleggende menneskerettighet.

Verdiskapning er imidlertid like fullt et samfunnsmessig hensyn. Sammenholdt med hensynet til den individuelle arbeidstaker tilsier dette at kvalifikasjonskravene etter §4-3(3) bør lempes. Dette støttes av preventive hensyn som tilsier at trakasseringsbegrepet

¹²² Jfr pkt 5.1 om trakasseringsbegrepets kvalifikasjonskrav, herunder krav til den negative adferds art og omfang.

¹²³ Se note 111.

¹²⁴ Jfr pkt 3.2.2.

¹²⁵ Jfr pkt 5.1.2.4 og pkt 5.2.2.

¹²⁶ Jfr Ot.prp.nr.84(2005-2006) s. 33, hvor det i relasjon til varslingsretten fremgår at uformelle lojalitetskrav, herunder faktiske krav, forventninger eller oppfatninger om arbeidstakernes lojalitet til sin arbeidsgiver kan synes å gå lenger enn de krav som følger av den rettslige lojalitetsplikten. Dette vil virke begrensende på arbeidstakers reelle ytringsfrihet, herunder også påstander om brudd på trakasseringsforbudet i §4-3(3).

bør få anvendelse på et tidligst mulig stadium av en personorientert konflikt. En lempning av kvalifikasjonskravene etter §4-3(3) vil sammenholdt med §2-5 gi bedre sammenheng i regelverket og dermed bedre forutsigbarhet for arbeidstaker.

6.3 Ulik bevisregulering – sammenfallende bevissituasjon

6.3.1 Ulik bevisbyrde

Som fremgår av pkt 6.3.1 og pkt 6.3.2 er bevisreguleringen forskjellig etter henholdsvis §2-5 og §4-3(3). Etter §4-3(3) gjelder alminnelige bevisregler, ved at den som påstår seg mobbet alene har ansvaret for å sannsynliggjøre at påstanden er riktig. Etter §2-5(1) annet pkt er bevisbyrden delt mellom mobbeoffer og arbeidsgiver. Mobbeofferet må fremlegge opplysninger som ”gir grunn til å tro” at det har foreligget trakassering. Ordlyden oppstiller i så henseende ikke et strengt beviskrav for den som påstår seg mobbet, hvilket også fremgår av forarbeidene.¹²⁸ Det fremholdes i denne forbindelse at det normalt bør være nok at arbeidstaker kan vise til at varslingen har skjedd, og at den negative handlingen kom tett på varslingen i tid.¹²⁹ Kan arbeidstaker påvise en slik sammenheng, ”skal det legges til grunn” at gjengjeldelse har funnet sted, med mindre arbeidsgiver ”sannsynliggjør noe annet”, jfr §2-5(1) annet pkt. Dette innebærer etter ordlyden at det fra arbeidsgivers side må påvises sannsynlighetsovervekt for manglende årsakssammenheng.¹³⁰

6.3.2 Ulikt bevistema

Trakasseringbegrepet og gjengjeldelsesbegrepet medfører ulike bevistema i henholdsvis §4-3(3) og §2-5(1). Kravet til kvalifisert negativ adferd i §4-3(3) medfører at bevistemaet sentrerer til hvorvidt det har foreligget trakassering. I motsetning til §4-3(3) oppstiller gjengjeldelsesbegrepet i §2-5(1) ingen kvalifikasjonskrav,¹³¹ hvilket gjør

¹²⁷ Jfr pkt 3.1.1.

¹²⁸ Jfr Ot.prp.nr.84(2005-2006) s. 44.

¹²⁹ Jfr Ot.prp.nr.84(2005-2006) s. 44.

¹³⁰ Jfr Ot.prp.nr.84(2005-2006) s. 53.

¹³¹ Se pkt 5.1 vedrørende trakasseringbegrepets kvalifikasjonskrav, herunder krav til den negative adferds art og omfang.

det enklere å bevise at det har foreligget negativ behandling av arbeidstaker. Som fremholdt av forarbeidene, er virkeområdet for bevisbyrderegelen i §2-5(1) tvister som påstås å være begrunnet i arbeidstakerens ytringer.¹³² Bevistemaet etter §2-5(1) er således sentrert til hvorvidt den negative adferd er en følge av forutgående varsling i samsvar med §2-4.

6.3.3 Den faktiske bevissituasjonen synes å være sammenfallende

Ettersom partenes handlingsmønster synes å være sammenfallende i henholdsvis gjengjeldelses- og andre mobbe-/trakasseringssituasjoner,¹³³ vil også den faktiske bevissituasjonen i stor grad være den samme. I begge tilfeller vil det oftest være tale om en skjult utstøtelsesprosess som reiser betydelige bevismessige vanskeligheter.¹³⁴

De alminnelige bevisregler etter §4-3(3) innebærer som følge av partenes ulike virkelighetsoppfatning og mangel på dokumentasjon ved skjult mobbing, en tilnærmet umulig bevissituasjon. Dette har bidratt til den høye terskel for medhold i påstand om mobbing/trakassering.¹³⁵

Bevisproblematikken ved gjengjeldelse er redusert i kraft av den delte bevisbyrde, jfr §2-5(3). Likevel vil det som følge av partenes ulike virkelighetsoppfatning og mangel på dokumenterte negative handlinger også kunne være problematisk å fremlegge opplysninger som ”gir grunn til å tro” at gjengjeldelse har funnet sted.

6.3.3.1 Objektivt eller subjektivt trakasseringsbegrep?

Partenes ulike virkelighetsoppfatning ved skjult mobbing er således et problem både etter §4-3(3) og §2-5. En kan med dette spørre i hvilken grad man skal vektlegge mobbeofferets subjektive opplevelse av å være trakassert. Verken lov eller forarbeider gir veiledning på dette punkt. Etter rettspraksis må det i utgangspunktet foreligge objektivt konstaterbare handlinger for at en adferd kan betegnes som ”trakassering” etter aml §4-3(3), jfr Rt.2004.1844 (Nera). Saken gjaldt spørsmål om trakassering på

¹³² Jfr Ot.prp.nr.84 (2005-2006) s. 53.

¹³³ Jfr pkt 4.5.2 om den sammenfallende eskaleringsprosess.

¹³⁴ Jfr pkt 1.2.1.

¹³⁵ Jfr pkt 2.2.1

arbeidsplassen, hvilket i følge saksøker først og fremst bestod i lederens generelle holdninger og væremåte. Førstvoterende konstaterer i avsnitt 43 at bevisførselen rundt dette naturlig nok blir vanskelig, og konkluderer med at ”det er ikke grunn til å tvile på As egen opplevelse var at han ble dårlig behandlet. Men objektivt sett kan jeg ikke (...) se noe grunnlag for å oppfatte Bs [mobberens] generelle atferd som en trakassering av A [mobbeoffer].” Kravene til objektive, håndfaste bevis gjelder også etter begrepet ”gjengjeldelse” i §2-5(1), selv om beviskravet i forhold til arbeidstaker er noe lempet i kraft av den delte bevisbyrde. På dette punkt foreligger motstrid mellom jus og psykologi, ved at psykologien legger hovedvekt på opplevelsen av å være mobbet.¹³⁶

Det er klart at arbeidstakers henvisning til egen oppfatning av å være mobbet, ikke i seg selv kan være tilstrekkelig til å påvise trakassering, jfr hensynet til arbeidsgivers rettsvern og faren for misbruk av trakasseringsforbudet.¹³⁷ Samtidig er det klart at arbeidstakers subjektive opplevelse av å være mobbet er et nødvendig vilkår for å kunne påvise trakassering, og dermed vil ha betydning for trakasseringsvurderingen.

Lovens system er bygget opp slik at reglene om arbeidsmiljøet må ses i sammenheng.¹³⁸ Aml §4-3(3) er en spesialregulering av det generelle krav til fullt forsvarlig arbeidsmiljø i §4-1(1) og kravet til at arbeidstaker ikke utsettes for ”uheldige (...) psykiske belastninger”, jfr §4-1(2). En subjektiv opplevelse av trakassering vil innebære en risiko for uheldig psykiske belastninger.¹³⁹ Lovens belastningsperspektiv med fokus på skadevirkninger, kan tale for at trakasseringsbegrepet bør gis et større nedslagsfelt, ved at mobbeofferets subjektive opplevelse tillegges større vekt.

Videre er det kun den enkelte arbeidstaker som kan gi uttrykk for hvorvidt et forhold oppleves som en psykisk belastning. Det er en selvsagt ting at mennesker vil reagere forskjellig på de belastninger de utsettes for. Det som oppleves som en psykisk belastning for en arbeidstaker er ikke nødvendigvis det for en annen.¹⁴⁰ Prinsippet om et

¹³⁶ Jfr pkt 1.2.

¹³⁷ Jfr Jakhell (2006) s. 642.

¹³⁸ Pedersen, (2002) s. 36.

¹³⁹ Se pkt 3.1.1

¹⁴⁰ Dette fremheves også av Pedersen (2002) s 40.

inkluderende arbeidsliv¹⁴¹ tilsier at også sårbare arbeidstakere med lav toleranseterskel beskyttes mot trakassering¹⁴² og trekker videre i retning av en større vekt på arbeidstakers subjektive opplevelse av situasjonen.

På den annen side vil man ved for sterk vektlegging av subjektiv opplevelse som følge av sprikende forklaringer og de involvertes forskjellige virkelighetsoppfatning, komme i en ord mot ord-situasjon. Dette vil medføre at den av partene som fremstår som mest troverdig vil vinne frem med sin påstand.

Etter min mening kan "Valla-saken"¹⁴³ og Fougner-utvalgets rapport¹⁴⁴ i denne forbindelse trekkes frem som illustrasjon. Utvalget presiserer i sin rapport nødvendigheten av "ytre kjennetegn av mer objektiv karakter" for å kunne konstatere trakassering.¹⁴⁵ Likevel synes utvalget ved sin argumentasjon i realiteten å legge hovedvekt på Yssens subjektive opplevelse av situasjonen. Ved beskrivelse av sakens faktiske bakgrunn, benytter utvalget hovedsakelig formuleringer som "Yssen (...) følte seg tilsidesatt (...)", "Yssen følte at(...)" og "Yssen (...) opplevde mobbing og trakassering fra Vallas side"¹⁴⁶. Utvalget legger ikke stor vekt på Vallas motargumenter, idet de finner Yssens forklaring mest troverdig: "Utvalget har langt på vei funnet å kunne legge Yssens forklaring for utvalget til grunn. Den er detaljert, troverdig og støttes av sakens øvrige bevis (...) Dette innebærer at utvalget ikke har kunnet ta utgangspunkt i den forklaring Valla har gitt for utvalget."¹⁴⁷ Ved at man kommer i en "ord-mot-ord"-situasjon og dermed må ta stilling til partenes troverdighet, risikerer man ytterligere forverring av en vanskelig bevissituasjon. Dette taler i mot en sterkere vektlegging av subjektiv oppfatning av situasjonen.

¹⁴¹ Jfr pkt 3.1.1.

¹⁴² Dette støttes av Pedersen/Einarsen (2007) s. 123.

¹⁴³ Med "Valla-saken" menes kontroversen rundt Gerd-Liv Valla i 2007. Det var tale om en politisk skandale, knyttet til daværende LO-leder Gerd-Liv Vallas lederstil og behandling av sine medarbeidere. Saken ble utløst ved daværende internasjonale sekretær i LO, Ingunn Yssens påstander om Vallas trakassering av henne.

¹⁴⁴ Det ble i forbindelse med Yssens påstander om Vallas trakassering nedsatt et uavhengig granskningsutvalg ledet av Jan Fougner, som skulle belyse alle sider av saken.

¹⁴⁵ Fougner-utvalgets rapport (2007) s. 18.

¹⁴⁶ Fougner-utvalgets rapport (2007) s. 17.

¹⁴⁷ Fougner-utvalgets rapport s. 19.

6.3.3.2 Reduksjon av bevismessige problemer ved annen tilnærming til problemet?

Løsningen på de bevismessige problemer ved subtil mobbing, kan med dette neppe søkes utelukkende i spørsmålet om et objektivt eller subjektivt trakasseringsbegrep. Løsningen kan imidlertid ligge i en annen tilnærming til problemet: Her vil aml §2-5 kunne være veiledende, jfr hensynet til sammenheng i regelverket. Bestemmelsen fokuserer i kraft av begrepet gjengjeldelse på konfliktenes kjerne: Årsaken til gjengjeldelsen, varslingen og trakasseringens sammenheng med denne. Dette er også bevistemaet. En fokus på arbeidsmiljøet, herunder konfliktnivå, organisasjonskultur og lederstil vil lettere kunne sannsynliggjøre hvorvidt det foreligger trakassering. Til illustrasjon kan nevnes RG.2003.360 hvor det som ledd i bevisvurderingen ble fokusert på arbeidsorganisasjonen, herunder konfliktnivå og ledelsens manglende håndtering av konflikter. Mobbeofferet fikk medhold i påstand om trakassering.

Det er nærliggende også i denne forbindelse å trekke frem Fougner-utvalgets rapport i forbindelse med "Valla-saken". Fougner-utvalget trekker frem manglende rutiner for konflikthåndtering¹⁴⁸, og manglende iverksetting av konfliktløsende tiltak¹⁴⁹ i rapporten. Det er også trukket frem et annet moment som kan gi grobunn for konflikter: Det ble aldri foretatt noen formell avklaring av rollen mellom leder internasjonal avdeling og nestleder. Dette førte til rollekonflikt, herunder frustrasjon og Yssens følelse av at det ble lagt begrensninger på hennes rolle som avdelingsleder.¹⁵⁰

Dette er objektive konstaterbare data som er egnet til å sannsynliggjøre eventuell trakassering av Ingunn Yssen. Likevel behandler utvalget spørsmålet om trakassering¹⁵¹ isolert fra spørsmålet om konflikthåndtering, istedenfor å la det inngå som moment i trakasseringsvurderingen. Utvalget legger i sin konklusjon på trakasseringsspørsmålet i realiteten hovedvekten på partenes personlighet og troverdighet. Dette bidrar etter min mening til en mindre forsvarlig bevisvurdering.

¹⁴⁸ Fougner-utvalgets rapport s. 159.

¹⁴⁹ Fougner-utvalgets rapport s. 164.

¹⁵⁰ Se Fougner-utvalgets rapport (2007) s. 16. Se Pedersen/Einarsen (2007) s. 122.

¹⁵¹ Fougner-utvalgets rapport (2007) s. 124-147.

Dette kan tale for at det som ledd i bevisvurderingen og spørsmålet om det har foregått ”trakassering”, også må tas i betraktning de overfor nevnte trekk ved organisasjonen. Ved påstand om mobbing/trakassering, vil for eksempel et høyt konfliktnivå/unnvikende ledelse kunne være et moment til inntekt for at det har foregått mobbing/trakassering i strid med aml §4-3(3). Forhold ved organisasjonen er et mer egnet bevistema for retten, sammenlignet med spørsmålet om hvem av partene som gir det mest troverdige inntrykk av virkeligheten. Dette gir større forutberegnelighet for partene. Sammenlignet med dagens rettstilstand, vil dette etter min mening korrespondere bedre med den organisasjonspsykologiske forskning presentert i kap 4.

6.3.4 Hvorfor ulik regulering av faktisk sammenfallende bevissituasjon?

Som fremhevet i pkt 6.3.3 er bevissituasjonen i mobbesaker i stor grad den samme, idet konfliktpartenes handlingsmønster synes å være sammenfallende uavhengig av konfliktbakgrunn. Saken i TOSLO-2004-99016 (Siemens) viser at det er lettere å få medhold i påstand om gjengjeldelse, dersom arbeidsgiver må sannsynliggjøre et motsatt standpunkt. Et spørsmål er dermed hvorfor lovgiver har valgt å gjøre bevissituasjonen enklere for en arbeidstaker som trakasseres i strid med §2-5(1), uten å gjøre tilsvarende endring ved trakassering i strid med §4-3(3).

I henhold til forarbeidene er det særlig tre hensyn som er fremtredende ved regulering av bevisbyrden i §2-5(1) annet pkt:

Forarbeidene fremhever at ”det er arbeidsgiveren som i de fleste tilfeller vil ha best tilgang til virksomhetsrelaterte opplysninger, og som dermed vil ha de beste forutsetningene for å føre bevis om slike spørsmål.” Det fremholdes videre at ”delt bevisbyrde vil gjøre det enklere for arbeidstakere å nå fram med en påstand om ulovlig gjengjeldelse.”¹⁵² Ettersom det ved trakassering i strid med §4-3(3) ikke vil foreligge varsling i forkant som kan underbygge eventuell trakassering, i tillegg til at det også etter §4-3(3) kan være tale om indirekte og subtil mobbing, vil disse hensyn i slike

¹⁵² Ot.prp.nr.84(2005-2006) s. 44.

tilfeller gjelde desto mer. Lovgivers uttalelser kan dermed ikke begrunne lovens ulike bevisregulering av den sammenfallende bevissituasjon.

For det andre begrunnes den delte bevisbyrde i §2-5(1) annet pkt med at både aml §13-8, diskrimineringsloven §10 og likestillingsloven §16(2) har regler om delt bevisbyrde i forhold til påstått gjengjeldelse som følge av at arbeidstaker har tatt opp sak om diskriminering. Departementet uttaler i denne forbindelse at det ut fra sammenhengen i loven bør gjelde et tilsvarende prinsipp i øvrige gjengjeldelsestvister.¹⁵³ Det kan dermed spørres om ikke sammenhengen i regelverket også tilsier en delt bevisbyrde i forhold til trakassering etter §4-3(3). Lovgivers sontring mellom gjengjeldelse etter klage/varsling og trakassering med annen konfliktbakgrunn gir et signal om at dette er to forskjellige fenomener. Imidlertid viser den organisasjonspsykologiske forskning referert til i pkt 4.5.2 at det ikke foreligger vesensforskjell mellom gjengjeldelse i form av trakassering og trakassering med annen konfliktbakgrunn. Det er i begge tilfeller tale om konflikter som eskalerer og blir personorienterte. Dette tyder på at lovgiver har lagt for stor vekt på den negative adferdens karakter av å være en gjengjeldelse av varsling. Hensynet til sammenheng i regelverket tilsier at trakassering i strid med §4-3(3) ikke behandles som forskjellig fra trakassering på bakgrunn av forutgående klage/varsling, slik at bevisbyrden reguleres likt.

Det tredje hensyn bak den delte bevisbyrde i §2-5(1) er vernet av ytringsfriheten. Gjengjeldelsesvernet med delt bevisbyrde er ment å effektivisere arbeidstakers varslingsrett etter §2-4, og dermed også arbeidstakers grunnlovsfestede ytringsfrihet, jfr Grl §100. Departementet uttaler i forbindelse med vedtakelse av delt bevisbyrde etter §2-5(1) at det ”må legges særlig vekt på at arbeidstakere sikres et sterkt ytringsfrihetsvern”.¹⁵⁴ Det er således også et viktig samfunnsmessig aspekt bak den delte bevisbyrde i §2-5(1): Behovet for å sikre åpenhet og god informasjonsflyt i samfunnet, i form av sannhetssøken og meningsdannelse.¹⁵⁵ Som bakgrunn for det generelle trakasseringsforbud i §4-3(3) ligger først og fremst individuelle arbeidsmiljømessige vernehensyn. Selv om konsekvensene av brudd på

¹⁵³ Jfr Ot.prp.nr.84(2005-2006) s. 44.

¹⁵⁴ Jfr Ot.prp.nr.84(2005-2006) s. 44.

¹⁵⁵ Jfr Ot.prp.nr.84(2005-2006) s. 33

trakaseringsforbudet er graverende for den enkelte arbeidstaker som utsettes for mobbing, vil det ikke være tale om betydelige samfunnsmessige konsekvenser i samme grad som ved varsling av kritikkverdige forhold. Behovet for å beskytte varsleren mot represalier har en omfattende samfunnsmessig betydning. Blant annet signaliserer dette av lovgiver ser nytteverdien av avdekking av kritikkverdige forhold. Denne forskjell i reelle hensyn bak bestemmelsene kan forklare lovens ulike regulering av bevisbyrde i henholdsvis §4-3(3) og §2-5(1).

6.4 Ulike regler om oppreisning etter henholdsvis §4-3(3) og §2-5

Som supplement til alminnelige erstatningsregler, kan arbeidsgiver etter §2-5(3) pålegges objektivt erstatningsansvar for ikke-økonomisk tap (oppreisning). En slik særregel finnes ikke i relasjon til trakassering etter §4-3(3). En er på dette punkt henvist til alminnelige erstatningsregler, herunder den alminnelige regel om menerstatning som fordrer grov skyld hos arbeidsgiver, jfr skl §3-5.

Dette kan synes noe inkonsekvent fra lovgivers side: Ved negative reaksjoner i form av mobbing-/trakassering vil trakaseringsforbudet i §4-3 komme til anvendelse uavhengig av hvorvidt det foreligger lovlig varsling etter §2-4.¹⁵⁶ Videre innebærer mobbing/trakassering risiko for psykisk skade, uavhengig av årsaksforhold og konfliktbakgrunn.¹⁵⁷ Som fremgår av pkt 4.5.2 synes både eskaleringsprosessen og etterfølgende personlige konsekvenser for mobbeofferet å være sammenfallende både ved gjengjeldelse og annen mobbing/trakassering. De HMS-hensyn som ligger bak den særlige oppreisningsregel etter §2-5, gjør seg således også gjeldende i forhold til §4-3(3).¹⁵⁸ Dette medfører at arbeidstakers behov for oppreisning er fremtredende også ved trakassering i strid med §4-3(3).

¹⁵⁶ Se pkt 6.1.

¹⁵⁷ Pedersen/Einarsen (2007) s. 290.

¹⁵⁸ Jfr pkt 3.1.1

Spørsmålet er om det likevel foreligger hensyn som kan begrunne lovens erstatningsrettslige forskjellsbehandling av trakassering i strid med §2-5 og trakassering i strid med §4-3(3).

Som ledd i begrunnelsen for en oppreisningsregel i §2-5(3), uttales det i forarbeidene at ”erfaringen fra saker om ulovlig diskriminering er at det er vanskelig for arbeidstakere å vinne fram med et krav om erstatning når det må påvises skyld, økonomisk tap og årsakssammenheng mellom tapet og gjengjeldelsen. Det samme vil gjøre seg gjeldende i forhold til et krav om erstatning ved gjengjeldelse.” Disse hensyn slår til også i forhold til krav om erstatning som følge av brudd på trakasseringsforbudet i §4-3(3)¹⁵⁹, og kan derfor ikke tjene som begrunnelse for en ulik regulering på dette punkt. Hensynet til konsekvens i regelverket, tilsier tvert imot at det burde vært en rett til oppreisning også i relasjon til denne bestemmelsen.

Videre vil retten til oppreisning i §2-5(3) i praksis virke som et insentiv til arbeidsgivers tilrettelegging for varsling, og har dermed også en preventiv effekt. Dette følger også indirekte av rettens uttalelser i TOSLO-2004-99016 (Siemens) hvor det i relasjon til erstatningsutmålingen uttales at erstatningen også måtte ha ”et visst pønalt preg slik at arbeidsgivere ikke iverksetter slike gjengjeldelsesaksjoner”. Imidlertid er det også etter §4-3(3) viktig å forebygge konflikter på et tidlig stadium, før de utvikles til harde personkonflikter. Et insentiv til konfliktforebygging i form av en oppreisningsregel, kunne dermed være nyttig også i forhold til §4-3(3). Hensynet til prevensjon gjør seg derfor også gjeldende etter §4-3(3) og kan ikke begrunne en erstatningsrettslig forskjellsbehandling i så henseende.

Oppreisningsregelen i §2-5(3) synes imidlertid også å bygge på en erkjennelse av at varsling kan få omfattende konsekvenser for arbeidstaker, ikke bare i relasjon til psykisk skade. I denne forbindelse kan nevnes arbeidstakers vanskeligheter med å få jobb i etterkant av varsling. Varslere kan risikere å få et stempel som bråkmakere/vanskelige personer, ikke bare i forhold til ledelse og kolleger, men også i forhold til senere potensielle arbeidsgivere. Dette ligger implisitt i rettens uttalelser i

Siemens-dommen: Ved erstatningsutmålingen måtte det også tas i betraktning at arbeidstaker hadde vært utsatt for et sterkt menneskelig press, blant annet som følge av potensielle vansker med å skaffe ny jobb dersom han ikke hadde klart å sannsynliggjøre sine påstander.

På den annen side vil det å gå til sak med påstand om mobbing-/trakassering nødvendigvis også medføre fare for stigmatisering: Dersom arbeidsforholdet opphører som følge av at man har vært involvert i en personorientert konflikt, kan dette føre til en stempling av arbeidstaker som en ”vanskelig” og konfliktorientert person, også i forhold til nye potensielle arbeidsgivere.¹⁶⁰ Dermed kan heller ikke dette hensynet begrunne en rettslig forskjellsbehandling av trakassering etter henholdsvis §4-3(3) og §2-5. Konklusjonen er at fraværet av en særlig rett til å kreve oppreisning etter §4-3(3) synes ubegrunnet fra lovgivers side.

¹⁵⁹ Jfr den høye terskel for medhold i påstand om trakassering, særlig i relasjon til krav om erstatning, jfr pkt 2.2.1.

¹⁶⁰ Se pkt 4.4.

7 Nærmere om arbeidsgivers ansvar

7.1 Oversikt

I henhold til aml §2-1 skal arbeidsgiver sørge for at lovens bestemmelser blir overholdt. Arbeidsgiver har dermed det overordnede ansvaret for overholdelse av §4-3(3) og §2-5, jfr §2-1.¹⁶¹ Bestemmelsene pålegger arbeidsgiver et ansvar for iverksettelse av både forebyggende og gjenopprettende tiltak, slik at trakasseringsforbudet og gjengjeldelsesforbudet overholdes.

Det fremgår av organisasjonspsykologisk forskning at konflikter vil eskalere i gjenkjennbare faser og trinn¹⁶². Basert på erkjennelsen av konflikteskaleringens ulike faser, må nødvendigvis de tiltak arbeidsgiver plikter å iverksette etter henholdsvis §4-3(3) og §2-5, endres i takt med konfliktenes ulike faser.¹⁶³ Jeg vil i det følgende peke på arbeidsgivers ansvar etter §4-3(3) og §2-5 på ulike stadier av konflikt.

7.2 Arbeidsgivers plikt til å forebygge trakassering og gjengjeldelse

I henhold til aml §3-1(2) litra e) har arbeidsgiver i forbindelse med krav til systematisk HMS-arbeid en generell plikt til å *"iverksette rutiner for å avdekke, rette opp og forebygge"* overtredelser av lovens krav. Sammenholdt med §4-3(3) innebærer dette en handleplikt i forhold til forebyggende arbeid rettet mot konflikter og mobbing/trakassering.¹⁶⁴ Det uttales i relasjon til §4-3(3) at det etter en konkret vurdering kan stilles krav til den enkelte virksomhet om utarbeiding av prosedyrer for konflikthåndtering.¹⁶⁵ Når det gjelder forebyggende tiltak i relasjon til §2-5 er det i tillegg til aml §3-1, vedtatt en egen bestemmelse i §3-6. Arbeidsgiver pålegges i tilknytning til HMS-arbeidet en plikt til å utarbeide rutiner for intern varsling eller iverksette andre tiltak dersom forholdene tilsier det.

¹⁶¹ Jfr NOU 2004:5 pkt 11.1.3.2.

¹⁶² Jfr pkt 4.5.1.

¹⁶³ Jfr Pedersen, Arbeidsrett.no; Aml §4-1

¹⁶⁴ Jfr NOU 2004:5 s. 182.

¹⁶⁵ NOU 2004:5 s. 182.

Et spørsmål er imidlertid om formelle rutiner er et adekvat virkemiddel i den forebyggende innsatsen mot trakassering og gjengjeldelse. Formelle rutiner kan gi en god signaleffekt på arbeidsplassen, men vil etter min mening i liten grad virke forebyggende dersom den underliggende mentaliteten på arbeidsplassen er konfliktskapende og avviker fra skrevne normer.¹⁶⁶ Illustrerende er saksforholdet i TOSLO-2004-99016 (Siemens) hvor det ble varslet i henhold til virksomhetens skrevne retningslinjer. Holdningen blant ledelsen var ikke i samsvar med de skrevne varslingsrutinene, hvilket førte til at varsleren ble utsatt for omfattende gjengjeldelsesaksjoner.

For at konfliktløsnings- og varslingsrutiner skal ha en realitet, er det både i forhold til §4-3(3) og §2-5 viktig at mentaliteten og holdningen på arbeidsplassen underbygger en god kommunikasjonskultur, slik at konflikter kan løses på et tidlig stadium, før de blir personorientert og partene låses fast i sin virkelighetsoppfatning. Basert på erkjennelsen av at det er tale om opptrappende konflikter, må idealet må være å unngå varslings- og trakasseringssituasjoner, ved en god kommunikasjonskultur mellom arbeidstakerne og ledelsen, og arbeidstakerne imellom.

7.3 Arbeidsgivers aktivitetsplikt under konflikt

7.3.1.1 Undersøkelsesplikt

I henhold til aml §3-1(2) litra c) har arbeidsgiver plikt til å kartlegge farer og problemer og vurdere eventuelle risikoforhold, jfr ”skal”. Sammenholdt med henholdsvis §4-3(3) og §2-5 er arbeidsgiver dermed pålagt en undersøkelsesplikt i relasjon til kartlegging av eventuell konflikt og omfanget av denne, for å avdekke eventuell mobbing/trakassering.

I forhold til §2-5, er det klart at en varsling om kritikkverdige forhold nødvendigvis må aktivere arbeidsgivers undersøkelsesplikt. På samme måte må melding om trakassering i

¹⁶⁶ Om konfliktskapende trekk ved arbeidsorganisasjonen, se pkt 4.2.

henhold til aml §2-3d) også aktivere arbeidsgivers undersøkelsesplikt. Frykt for represalier fra kolleger og ledelse kan imidlertid føre til manglende overholdelse av varslingsplikten etter §2-3 d).¹⁶⁷ Det kan dermed spørres på hvilket tidspunkt arbeidsgivers undersøkelsesplikt inntreer hvor det ikke foreligger slik melding.

Både ordlyd og forarbeider er tause på dette punkt. Det er i juridisk teori uttalt at undersøkelsesplikt etter §4-3(3) inntreer dersom omstendighetene tilsier det.¹⁶⁸ En er derved henvist til en konkret vurdering av risikoforholdene på arbeidsplassen. I lys av at mobbing/trakassering er en opptrappende prosess, taler dette for en lav terskel for aktivering av undersøkelsesplikten. Preventive hensyn taler for at undersøkelsesplikten vil inntre også før krigsstadiet og partene er i åpne konfrontasjoner med hverandre. Dette vil innebære en oppfordring til arbeidsgiver om å søke en løsning på konflikten før partene synes helt fastlåst i sin oppfatning. Dette støttes av lovgivers sterke vektlegging av forebyggende innsats.¹⁶⁹

7.3.1.2 Hjemmel for iverksettelse av undersøkelser

Arbeidsgiver er i kraft av styringsretten¹⁷⁰ gitt en rett til å kontrollere at arbeidsmiljølovens krav overholdes, eksempelvis i form av undersøkelser blant ansatte. Styringsretten er imidlertid begrenset av mer allmenne saklighetsnormer og kravet til forsvarlig saksbehandling.¹⁷¹ Videre er retten til å foreta undersøkelser begrenset av aml §9-1(1) og hensynet til arbeidstakers personvern, jfr §9-1(2). I mobbe-/trakasseringstilfellene vil personvernensynet være fremtredende, særlig ved personfokusede undersøkelser.

7.3.1.3 Fremgangsmåte for kartlegging av konflikt

Det foreligger ingen lovfestet fremgangsmåte for kartlegging av konflikter og eventuelle brudd eller risiko for brudd på §4-3(3). I forhold til §2-5 vil man i kraft av begrepet ”gjengjeldelse” måtte fokusere på årsaken til den påstått negative adferd, varslingen,

¹⁶⁷ Jfr NOU 2004:5 s. 179-180: Risikoen for melding om trakassering til arbeidsgiver kan oppfattes som sladring eller angiveri, og dermed medføre negative reaksjoner.

¹⁶⁸ Jfr Jakhelln (2006) s. 643.

¹⁶⁹ Jfr NOU 2004:5 s. 172-173.

¹⁷⁰ Jfr Rt.2001.1602 på s. 1609.

¹⁷¹ Jfr Rt.2001.418 på s. 427.

noe som gjør en konflikt/negativ adferd lettere å avdekke. Utover dette finnes heller ingen lovfestet fremgangsmåte for kartlegging av eventuelle brudd på §2-5.

Dette er naturlig av hensyn til det komplekse samspill av ulike faktorer som ligger bak en mobbekonflikt. Enhver konflikt er unik som følge av særegne forhold ved de ulike virksomheter og de involverte konfliktparternes ulike personlighet og virkelighetsoppfatning.¹⁷² Fremgangsmåten må dermed bero på en konkret vurdering av saksforholdet, hvor allmenne prinsipper om forsvarlig saksbehandling¹⁷³ og hensynet til personvern setter grenser.

7.3.1.3.1 Partenes forklaringer – ulik virkelighetsoppfatning

For å kartlegge konflikters omfang, må arbeidsgiver høre på konfliktparternes forklaringer. Problemet er at partene vil kunne ha en ulik virkelighetsoppfatning. Arbeidstakere kan ha ulik sårbarhet og toleranseterskel. Handlinger som føles trakasserende hos en av partene, forklares ofte saklig og rasjonelt av motparten.¹⁷⁴ Et psykologisk fenomen er konfliktparternes rettferdiggjøring av egen adferd samtidig som man fortolker motpartens handlinger og adferd i negativ retning. Dette fører til sprikende forklaringer av hva som egentlig har skjedd, og skaper ytterligere problemer ved arbeidsgivers forsøk på å kartlegge konflikten.¹⁷⁵ En avveining av partsforklaringer synes med dette ikke å tilfredstille kravet til forsvarlig saksbehandling.

7.3.1.3.2 Granskning av arbeidsmiljøet

Med granskning menes i denne forbindelse en utredning gjennomført av et uavhengig utvalg som skal søke og kartlegge hva som har skjedd i en sak. Utvalget skal uttale seg om ansvarsforhold, vurdere eventuelle systemfeil i arbeidsorganisasjonen og foreslå endringer.¹⁷⁶ Eksempel på bruk av privat granskningsutvalg ved mobbekonflikt: Fougner-utvalgets granskning av konflikten mellom Valla og Ingunn Yssen.¹⁷⁷ Utvalget

¹⁷² Pedersen/Einarsen (2007) s. 64.

¹⁷³ Jfr Rt.2001.418 på s. 427.

¹⁷⁴ Jfr Pedersen/Einarsen (2007) s. 112.

¹⁷⁵ Jfr Pedersen/Einarsen (2007) s. 69.

¹⁷⁶ Giertsen (2007), <http://voxpublica.no/2007/05/gransking-og-rettsikkerhet>

¹⁷⁷ Se note 140-141 om forklaring av Valla-saken.

vurderte mulige brudd på aml. Hovedspørsmålet var hvorvidt Valla hadde trakassert Yssen i strid med aml §4-3(3).¹⁷⁸

Et spørsmål er om bruk av private granskningsutvalg er forsvarlig saksbehandling ved kartlegging av hvorvidt det foreligger trakassering/gjengjeldelse i strid med aml §§4-3(3).¹⁷⁹ Bruk av private granskningsutvalg er ikke lovregulert. Rammen for granskningen vil dermed bero på det mandat som gis av oppdragsgiver. Utvalgets metode for kartlegging av miljøet, beror da på hva oppdragsgiveren og utvalget anser som forsvarlig saksbehandling. Fougner-utvalget i "Valla-saken" var et privat granskningsutvalg med åpent mandat.

Det er et vanlig psykologisk fenomen at man forklarer personorienterte konflikter med personfaktorer.¹⁸⁰ I lys av dette kan en manglende lovregulering i kombinasjon med et vagt mandat, medføre risiko for at fokus flyttes fra arbeidsorganisasjonen som er oppdragsgiver, til de involverte konfliktparter og deres personlighet.¹⁸¹ Fougner-utvalgets granskningsrapport i Valla-saken kan trekkes frem også i denne forbindelse: Utvalget uttaler at Vallas forklaring er "*dels preget av begrenset innsikt i og forståelse [av] hvorledes hennes adferd virker på andre*" mens Yssens forklaring beskrives som detaljert og troverdig.¹⁸²

Dette bærer preg av personfokus i strid med jussens krav til objektivitet. At partenes personlighet og troverdighet blir avgjørende, gjør også at vurderingen vil kunne preges av forutinntatte holdninger og forhåndsdommelse, særlig ved omfattende mediedekning i forkant.¹⁸³ Hensynet til den angivelige mobberens rettsvern tilsier at dette ikke kan anses som forsvarlig saksbehandling.

¹⁷⁸ Jfr Fougnerutvalgets rapport (2007) s. 18.

¹⁷⁹ Jfr forsvarlighetskravet etter Rt.2001.418 på s. 427.

¹⁸⁰ Jfr pkt 4.4.

¹⁸¹ Jfr også Giertsen, (2007) Vox Publica

¹⁸² Fougnerutvalgets rapport (2007) s. 125. Dette kritiseres også av Giertsen (2007), som setter spørsmålstegn ved et juristutvalgs kompetanse til å vurdere menneskers evne til selvinnsikt.

¹⁸³ Jfr pkt 6.3.3.1 om spørsmålet om større vektlegging av subjektiv opplevelse i trakasseringsvurderingen.

En utelukkende fokus på personfaktorer korresponderer dårlig med organisasjonspsykologisk forskning, som viser at også konfliktskapende trekk ved arbeidsorganisasjonen bør tas i betraktning i mobbe-/trakasseringssituasjoner. For å tilfredsstille kravet til forsvarlig saksbehandling bør det etter min mening kreves at granskningsutvalgene, i tillegg til jurister, også må bestå av organisasjonspsykologisk sakkyndige.

7.3.1.3.3 Bruk av psykologisk sakkyndige

Bruk av psykologisk sakkyndige er en vanlig metode for å kartlegge forekomst og omfang av mobbing/trakassering i strid med aml. Eksempelvis ble dette også benyttet i Fougner-utvalgets granskning av "Valla-saken". Spørsmålet er om bruk av psykologisk sakkyndige er et forsvarlig virkemiddel for kartlegging av eventuelle brudd på aml §§4-3(3) og/eller 2-5.

I denne forbindelse kan det vitenskapelige spenningsforhold mellom juss og psykologi trekkes frem.¹⁸⁴ Problemet er at den psykologiske definisjon av å være mobbet legger hovedvekt på mobbeofferets subjektive opplevelse av å være mobbet.¹⁸⁵ I samsvar med dette vil en psykolog som skal ta stilling til hvorvidt eventuell mobbing/trakassering er reell, legge stor vekt på mobbeofferets påstander. Til illustrasjon kan nevnes de psykologisk sakkyndiges uttalelser i forbindelse med Fougner-utvalgets granskning: De fant det *"(...)hevet over tvil at Yssen opplevde sitt forhold til Valla som taumatisk og nedbrytende(...)"*.¹⁸⁶

En sterk vektlegging av personlighet og subjektiv virkelighetsoppfatning, avviker fra det juridiske trakasseringsbegrepets krav til objektivt konstaterbare handlinger.¹⁸⁷ Kravet til objektivitet er naturlig idet kontradiksjon i forhold til en subjektiv opplevelse av å være mobbet er vanskelig: Det ligger i sakens natur at ingen opplevelse kan betegnes som riktigere enn en annen.

¹⁸⁴ Jfr pkt 1.2..

¹⁸⁵ Jfr Bergen Bullying Research Group (2007) s. 10. Jfr også Pedersen/Einarsen (2007) s. 94-95:

"Psykologisk kan begrepet mobbing defineres som en situasjon der en person over lengre tid føler seg utsatt for negativ behandling (...)"

¹⁸⁶ Fougnerutvalgets rapport (2007) s. 96.

Bruken av psykologisk sakkyndige kan medføre en risiko for at som skal foreta en objektiv vurdering av eventuelle brudd på aml §§ 4-3(3) og/eller 2-5 influeres av den sakkyndiges uttalelser. Dette erkjennes også i Fougner-utvalgets rapport, som fremhever faren for gruppetenkning ved at et syn påvirker det neste.¹⁸⁸ Selv om utvalget forsikrer at deres vurderinger er gjort uavhengig av de psykologisk sakkyndige, kan likevel utvalgets personfokus implisitt tyde på det motsatte.¹⁸⁹ En sterk påvirkning fra psykologisk sakkyndige kan bidra til uforsvarlig saksbehandling.

7.3.1.4 Kort om inngrepsterskel etter §§4-3(3) og §2-5

Som fremgår av pkt 6.1.1 synes gjengjeldelsesbegrepet i §2-5 å ramme negativ adferd i en opptrappende konflikt på et tidligere stadium enn trakasseringsbegrepet i §4-3(3). Dette medfører at arbeidsgivers ansvar for å gripe inn i konflikten, inntreffer tidligere på et tidligere stadium etter aml §2-5, sammenlignet med aml §4-3(3). Det fremgår i pkt 4.5.2 at konfliktens eskaleringsprosess og partenes handlingsmønster synes å være sammenfallende ved mobbing/trakassering etter varsling og mobbing/trakassering med annen konfliktbakgrunn. I lys av dette synes en ulik inngrepsterskel etter henholdsvis §4-3(3) og §2-5 i liten grad å være et bevisst valg fra lovgivers side. Jeg henviser i denne forbindelse til drøftelsen i pkt 6.1.2.

En lavere inngrepsterskel etter §2-5 synes imidlertid å ha liten effekt i de tilfeller ledelsen synes å være årsaken til problemene: Dette kan være tilfellet dersom det er tale om alvorlige kritikkverdige forhold, og ledelsen ønsker å beskytte sitt omdømme på bekostning av arbeidstakeren.¹⁹⁰ I slike tilfeller synes ansvarsreguleringen etter både §2-5 og §4-3(3) å innebære en liten ivaretagelse av hensynet til varsleren/mobbeofferet.

¹⁸⁷ Jfr pkt 6.3.3.1.

¹⁸⁸ Fougnerutvalgets rapport (2007) s. 126.

¹⁸⁹ I denne retning også Giertsen (2007), <http://voxpublica.no/2007/05/gransking-og-rettsikkerhet/>

8 Domstolsprøving i etterkant av mobbing/trakassering

8.1 Domstolenes tilnærming til mobbe-/trakasseringssaker

8.1.1 Problemet

Den høye terskelen for rettens medhold i mobbe-/trakasseringssaker korresponderer dårlig med antallet arbeidstakere som oppgir at de blir mobbet.¹⁹¹ Misforholdet mellom juss og empiriske data gir grunn til å spørre hvorvidt den tradisjonelle rettslige tilnærmingen til konfliktbasert mobbing/trakassering er noe snever sammenholdt med organisasjonspsykologisk forskning på området.

8.1.2 Årsaksbetraktninger ved mobbing i strid med §4-3(3): Fokus på personlige motsetningsforhold

Ved spørsmål om brudd på trakasseringsforbudet i aml §4-3(3), tidligere aml (1977) §12, tenderer domstolene å fokusere på personlige motsetningsforhold som den overveiende årsak til mobbekonflikten. Å forklare konflikter med partenes personlighet er en vanlig tilnærming til trakasseringsproblemet.¹⁹²

Til illustrasjon kan nevnes Rt.1997.786 (Falken), hvor Høyesterett på s. 792 uttaler seg om årsaksforholdene i en mobbekonflikt: *"Når en arbeidstaker mobber en annen arbeidstaker, kan dette ha forskjellige årsaker. Ofte skyldes det vel aggresjon på mobberens side, kombinert med at den annen har vanskelig for å ta igjen eller på annen måte er særlig mottakelig for mobbing (...) Mobbing på arbeidsplassen har sammenheng med arbeidet i den forstand at dette bringer sammen mennesker med forskjellig bakgrunn og personlighet under forhold der man erfaringsmessig må regne med at det kan bli gnisninger og personlige konflikter som utløser mobbebehandlinger på arbeidssstedet i arbeidstiden."*

¹⁹⁰ Jfr pkt 4.2 og 4.3.

¹⁹¹ Se pkt 1.2.

¹⁹² Pedersen/Einarsen (2007) s. 123-124.

Personlige motsetningsforhold øker riktignok risikoen for konfliktbasert mobbing, men dette er likevel kun en liten del av bildet: En forklaring av konflikter utelukkende med personfaktorer er et vanlig psykologisk fenomen betegnes som den ”fundamentale attribusjonsfeil”.¹⁹³ Risikofaktorer ved arbeidsorganisasjonen, herunder konfliktskapende trekk ved organisasjonskulturen og ledelsens konflikthåndtering kan imidlertid også påvirke konfliktbildet og øke risikoen for mobbing-/trakassering.¹⁹⁴ Videre er spørsmålet om partenes personlighet, herunder om mobbeofferets særlige sårbarhet kan påvirke en mobbekonflikt, et kontroversielt tema innen psykologien: Flere forskere har konkludert med at mobbing i det hele tatt har lite med personlighet å gjøre.¹⁹⁵ Det er påfallende at Høyesterett i Falken-dommen ikke nevner organisasjonskulturen eller arbeidsgivers ansvar for konflikthåndtering. Selv om det erkjennes at mobbernes konflikt med sentralledelsen var en del av bakgrunnen for mobbingen av A, nevnes ikke dette som en selvstendig årsak til den aktuelle mobbingen. Høyesterett nevner heller ikke at arbeidsgiver burde søkt en løsning på konflikten før A tiltrådte stillingen. Dette kan tyde på utilstrekkelig kompetanse om konflikters eskaleringsprosess, og en for snever tilnærming til problemet.

Et annet eksempel på snever tilnærming i mobbe/trakasseringssaker, er TOSLO-2001-2713 (Luftfartstilsynet).¹⁹⁶ Saken ble behandlet utelukkende som en personkonflikt: Retten uttalte at de *”... ansvarshandlinger retten skal vurdere er begrenset til handlinger i form av trakassering/mobbing fra ledelsen i LT overfor saksøker (...) Forhold/hendelser som angår andre ansatte enn saksøker, arbeidsmiljøet generelt eller B mer generelt som leder, vil derfor retten i liten grad komme inn på.”* Videre uttales det: *”... det synes først og fremst å ha vært en personkonflikt mellom B og saksøker. De har ikke kommet godt overens som mennesketyper. Den saklige uenigheten behøver ikke nødvendigvis å ha vært så stor.”*

Retten trakk frem forskjellsbehandling av jurister som den mest markante saken, men fant ikke grunn til å undersøke i hvilken grad det var foretatt slik forskjellsbehandling

¹⁹³ Jfr pkt 4.4.

¹⁹⁴ Jfr pkt 4.2 og 4.3.

¹⁹⁵ Pedersen/Einarsen, (2007) s.70. Jfr Bergen Bullying Research Group (2007) s. 55.

¹⁹⁶ Saksforholdet refereres i pkt 2.2

eller eventuell berettigelse av denne. *”Det er for retten tilstrekkelig å konstatere at denne saken rent faktisk bidro til at saksøker hadde fått en mer negativ holdning til B.”* Retten fokuserer gjennomgående på mobbeofferets negative holdning til ledelsen, i stedet for å fokusere på den underliggende årsaken til en eventuell negativ holdning. Dette innebærer igjen en fokusering på personlige motsetningsforhold, i stedet for å fokusere på lederstil, arbeidsmiljø og organisasjonskulturen i sin helhet. En personfokustert tilnærming tyder på manglende organisasjonspsykologisk kompetanse, særlig i forhold til *”den fundamentale attribusjonsfeil”*.¹⁹⁷

8.1.3 Årsaksbetraktninger etter §2-5: Fokus på konflikten underliggende årsak – varslingen

Vurderingstemaet etter §2-5(1) er hvorvidt den negative handling er en reaksjon på varsling i samsvar med §2-4, jfr *”gjengjeldelse”*. Dette fordrer en fokusering på konflikten underliggende årsak: Varslingen. Spørsmålet er om denne årsaksbetraktning har overføringsverdi til §4-3(3).

I henhold til §2-5 er bevistemaet ikke om den negative adferd er kvalifisert¹⁹⁸ men om den er en reaksjon på varslingen. En vurdering av konflikten underliggende årsak synes å være et mer egnet bevistema for domstolene, sammenlignet med personlige motsetningsforhold og de negative handlingers alvorlighetsgrad. Mobbing/trakassering er et utslag av konflikt, både i varslingssituasjonen og ved annen bakgrunn. Faktorene som påvirker konfliktnivået i arbeidsorganisasjonen¹⁹⁹ er felles for varslings-/gjengjeldelsessituasjoner og andre konflikter. Dette tyder på at årsaksbetraktningene i §2-5 har overføringsverdi til §4-3. Sammen med delt bevisbyrde og oppreisningsansvar vil en fokusering på konfliktårsak kunne ha en preventiv effekt, og vil være kunne være et incentiv til arbeidsgiver i forhold til innarbeiding av en sunn organisasjonskultur, med godt kommunikasjonsklima og en aktiv konfliktløsning på et tidlig stadium.²⁰⁰

¹⁹⁷ Se pkt. 4.4.

¹⁹⁸ Se pkt 5.1 vedrørende trakasseringsbegrepets kvalifikasjonskrav, herunder krav til den negative adferds art og omfang.

¹⁹⁹ Se pkt 4.2 og 4.3

Ved domstolsprøvingen av TOSLO-2001-2713 (Luftfartstilsynet)²⁰¹ fantes ingen særregulering av fenomenet varsling/gjengjeldelse. Som fremgår i pkt 8.1.2 synes retten å ha en personfokusert tilnærming til bevisvurderingen. Hadde imidlertid saken blitt behandlet som en varslersak aml §§2-4 og 2-5 ville en måtte fokusert på konflikten underliggende årsak: Varslingen om dårlig arbeidsmiljø, og hvorvidt trakasseringen av HVO var en reaksjon på dette. Ser man sammenhengen mellom mobbekonflikt og konflikten underliggende årsak, vil konfliktpartenes personlighet ha subsidiær betydning i forhold til den aktuelle årsak. Domstolens behandling av saken som en personorientert mobbekonflikt mellom HVO og ledelsen, bidro til at fokus ble flyttet fra årsak til person.

8.1.4 Oppstykking av eskaleringsprosessen i enkelthandlinger

Et annet trekk som synes å prege domstolsprøving av mobbekonflikter, er at retten ved trakasseringsvurderingen stykker opp den faktiske eskaleringsprosessen i enkelthandlinger, jfr eksempelvis TOSLO-2001-2713 (Luftfartstilsynet).²⁰² Som fremgår av pkt 4.5.1 var det tale om en opptrappende konflikt. I stedet for å behandle den eskalerende prosessen samlet, vurderte retten et utvalg av enkelthandlinger. Retten uttalte i denne forbindelse: *”Når ansvar for trakassering skal vurderes må det etter rettens oppfatning tas utgangspunkt i en vurdering av enkelthandlinger. Dernest må det eventuelt vurderes om enkelthandlingene etter en samlet vurdering er erstatningsbetingende, selv om hver enkelt handling isolert sett ikke nødvendigvis medfører ansvar.”*

Den helhetsvurdering som i dommen foretas avslutningsvis, er en summering av de enkelthandlingene retten selv har plukket ut fra et omfattende bevismateriale. Handlingene blir således tatt ut fra sin sammenheng og vurdert isolert.²⁰³ Dette gir ikke

²⁰⁰ I denne retning også NOU 2004:5 som fremhever økonomiske incentiver som virkemidler for å hindre utstøting fra arbeidslivet.

²⁰¹ Saksforholdet er referert i pkt 2.2.

²⁰² Se note 195.

²⁰³ Dette preger også rettens vurdering i Rt 2004.1844, avsnitt 33-43.

et fullstendig bilde av faktum, idet en oppstykking av den påståtte mobbingen i enkelthandlinger gjør det vanskelig å se hele mønsteret av negativ adferd. Dette samsvarer i liten grad med organisasjonspsykologisk forskning som viser at trakassering/gjengjeldelse er et utslag av en gradvis opptrappende prosess.²⁰⁴

En vurdering av enkelthandlinger kan bidra til bagatellisering og feilfokusering i forhold til hva saken egentlig dreier seg om. I saken referert overfor, var det flere ganger varslet om kritikkverdige forhold ved arbeidsmiljøet, med påfølgende negative reaksjoner fra ledelsen. Ved rettens fokus på enkelthandlingenes alvorlighetsgrad, ble årsakene til den negative adferd oversett. Ledelsens manglende evne til å håndtere kritikk og uenighet være et konfliktskapende trekk ved organisasjonen.²⁰⁵ Negativ adferd i denne forbindelse kan være et utslag av et ubevisst behov for opprettholdelse av eget selvilde. I lys av at saksøkers kritikk av arbeidsmiljøet indirekte var en kritikk av ledelsen,²⁰⁶ er det påfallende at retten ikke tok dette i betraktning. Dette kan igjen tyde på manglende kompetanse hos rettsanvendere omkring de kompliserte organisasjonspsykologiske prosesser som finner sted ved trakassering/gjengjeldelse.

9 Rettspolitisk diskusjon

9.1 Kan §2-5 influere anvendelsen av §4-3(3)?

Oppgavens forutgående drøftelser viser at rettstilstanden i relasjon til §4-3(3) er uklar og lite forutberegnelig for arbeidsgiver og arbeidstaker. Som fremgår av punkt 6.3.3.2 synes årsaksbetraktningene etter §2-5 å være et mer egnet bevisstema for retten. Det vil bli i fremtiden være interessant å følge med på den videre rettsutvikling, herunder

²⁰⁴ Jfr pkt 4.5.1.

²⁰⁵ Se pkt 4.2 og 4.3.

²⁰⁶ Arbeidsgiver har etter §2-1 det overordnede ansvaret for overholdelse av lovens krav til arbeidsmiljøet.

hvorvidt §2-5 vil ha en ”smitteeffekt” på anvendelsen av §4-3(3) slik at hovedfokus legges på konfliktens underliggende årsaker, i motsetning til rene personforklaringer.

9.2 Uklart forhold mellom §2-5 og §4-3(3)

Grensen mellom trakassering etter henholdsvis §4-3(3) og §2-5 beror på om det er foretatt varsling, og om trakasseringen kan anses som en følge av dette. Dagens definisjon av varsling innebærer at trakassering som følge av varsling etter §2-4, rammes av §2-5. Varsler man til ledelsen/overordnede om dårlig psykososialt arbeidsmiljø/trakassering og konflikten/trakasseringen eskalerer som følge av dette, vil trakasseringen kunne rammes av gjengjeldelsesforbudet i §2-5. Dette viser at en ulik rettslig regulering av trakasserende adferd basert på varslingsbakgrunn, i noen tilfeller kan initiere varslingssituasjoner som følge av at mobbeofferet ønsker å utløse de rettighetene §2-5 gir.

Psykologene Bjørkelo/Mathiesen,²⁰⁷ tar til orde for en sontring på dette punkt: I henhold til deres definisjon av varsling, vil varsling gjelde handlinger som rammer andre, f.eks personer, bedriften, eller samfunnet. De avgrenser mot varsling om urett som angår en selv. Dette synes etter min mening å være en noe snever definisjon i forhold til de tilfeller hvor det varsles om dårlig psykososialt arbeidsmiljø, eksempelvis mobbing-/trakassering på arbeidsplassen: Dette vil kunne ramme både en selv og andre, men vil like fullt aktivere hensynene bak varslingsretten og gjengjeldelsesvernet i §§2-4 og 2-5.²⁰⁸

I de tilfeller det varsles om mobbing/trakassering, synes grensen mellom §4-3 og §2-5 å være svært tynn, jfr pkt 6.1. Dette viser at reglene er nært beslektet, hvilket gjør en ulik regulering etter §4-3(3) og §2-5 noe kunstig.

Gjengjeldelsesforbudet i §2-5 gir et sterkere vern mot trakassering enn det som følger av aml §4-3(3), både i kraft av bestemmelsens materielle rekkevidde, den delte bevisbyrde og retten til oppreisning, jfr §2-5(1) og (3). Av hensyn til forutsigbarhet for

²⁰⁷ Bjørkelo/Mathiesen (2008) s. 321, 1.sp.

arbeidsgiver og arbeidstaker, er det i denne forbindelse viktig få avklart grensen mellom bestemmelsene.

9.2.1 Gir §2-5 tilstrekkelig vern for varsleren?

§2-5 synes i liten grad å fange opp de tilfeller hvor ledelsen er årsaken til problemet.²⁰⁹ Arbeidsgiver vil neppe ta tak i alvorlige kritikkverdige forhold som kan tilskrives vedkommende selv, eksempelvis en akseptert og utbredt korrupsjonskultur i virksomheten. Videre vil bevisvanskeligheter som følge av partenes ulike virkelighetsoppfatning kunne være et problem ved rettslig prøving av saken.²¹⁰ Dette tyder på en manglende kompetanse i forhold til de organisasjonsp psykologiske prosesser ved arbeidskonflikter. Som fremgår av pkt 3.2.3 ble varslingsreglene vedtatt delvis som følge av press fra internasjonalt hold. Manglende kompetanse omkring varsling og tilknyttede organisasjonsp psykologiske prosesser kan således være et resultat av at varslingsreglene ikke har utviklet seg nasjonalt i takt med kunnskap om varslingsfenomenet.

I denne forbindelse synes Venstres forslag om en egen varslerenhet under arbeidstilsynet å kunne avhjelpe en noe umoden rettstilstand. En nøytral enhet med tilstrekkelig kompetanse og myndighet til å gripe inn i enkeltsaker, vil kunne bidra til en bedre ivaretagelse av både arbeidsgivers og arbeidstakers rettsvern.

²⁰⁸ Jfr pkt 3.2.

²⁰⁹ Jfr pkt 7.3.1.4.

²¹⁰ Jfr pkt 6.3.3.1.

10 Litteraturliste

Bergen Bullying Researchgroup (2007):

Bergen Bullying Researchgroup: Et brutalt arbeidsmiljø? En undersøkelse av mobbing, konflikter og destruktiv ledelse i norsk arbeidsliv. Det psykologiske fakultet. Universitetet i Bergen. Bergen 2007.

Bjørkelo/Mathiesen (2008):

Bjørkelo, Brita, og Mathiesen, Stig Berge: Sladrehand skal sjølv ha bank: Om "whistleblowing" i norsk arbeidsliv. Tidsskrift for norsk psykologforening nr 45/2008.

Bjørkelo/Ryberg (2004):

Bjørkelo, Brita og Ryberg, Wenche: "Don't shoot the messenger". A case study on whistleblowing and workplace bullying. Hovedoppgave. Profesjonsstudiet i psykologi. Bergen 2004.

Einarsen/Hoel/Nielsen (2005);

Einarsen, Ståle, Hoel, Helge og Nielsen, Morten Birkeland: Mobbing i arbeidslivet. Oslo 2005.

Fougner-rapporten (2007):

Fougner, Jan, Lie, Nils Erik, Normann, Kristin: Rapport om Yssen, Valla og LO. Undersøkelsesutvalget. Oslo 2007.

Giertsen (2007):

Giertsen, Johan: Gransking og rettssikkerhet. Vox Publica 29. mai 2007.

<http://voxpública.no/2007/05/gransking-og-rettsikkerhet/>

Hirigoyen (2002):

Hirigoyen, Marie-France: Hverdagens skjulte ondskap. Psykisk vold og mobbing.

Oversatt av Ane Thurid Brudi. Fagkonsulent: Professor Roald Bjørklund. Oslo 2002.

Jakhelln (2006):

Jakhelln, Henning: Oversikt over arbeidsretten. 4. utgave. Oslo 2006.

OECDs evalueringsrapport (2004):

OECD – Directorate for financial and enterprise affairs: Norway: Phase 2. Report on the application of the convention on combating bribery of foreign public officials in international business transactions and the 1997 recommendation on combating bribery in international business transactions. Approved and adopted by the Working Group on Bribery in International Business Transactions (CIME) on 12 April 2004.

Pedersen (2002):

Pedersen, Harald: Arbeidsmiljøloven §12 og psykososialt arbeidsmiljø. Oslo 2002.

Pedersen, Arbeidsrett.no: §4-1:

Pedersen, Harald: Arbeidsrett.no. §4-1 – Generelle krav til arbeidsmiljøet.

www2.arbeidsrett.no

Pedersen/Einarsen (2007):

Pedersen, Harald og Einarsen, Ståle: Håndtering av konflikter og trakassering i arbeidslivet. Jus og psykologi. 2007.

Taraldset/Wik/Remø (2003):

Taraldset, Birthe, Wik, Torill og Remø, Gunn: Varsling – et symptom på en organisasjonskultur? Prosjektavhandling ved Master of Management-studiet ved BI 2003.

Taraldset/Wik (2005):

Taraldset, Birthe og Wik, Torill: Manglende rettsvern for varslere – et demokratiproblem? Prosjektavhandling ved Master of Management-studiet ved BI 2005.

Valde (2006):

Valde, Birgit Skjelbred-Knudsen: Norsk anti-korrupsjonspolitikk – svar på behov eller utløst av en internasjonal trend? Stein Rokkan senter for flerfaglige samfunnsstudier. Universitetsforskning Bergen 2006.

Ørjasæter (2007):

Ørjasæter, Elin: Kampen om definisjonsmakten. Mobbesaker i norsk arbeidsliv. Samtiden nr. 3/2007.

Forarbeider:

NOU 1999:34

NOU 2000:27

NOU 2002:22

NOU 2004:5

Ot.prp.nr.3 (1975-1976)

Ot.prp. nr. 50 (1993-1994)

Ot.prp. nr 49 (2004-2005)

Ot.prp. nr.84 (2005-2006)

Innst.O.nr.2 (1994-1995)

Innst.O.nr.6 (2006-2007)

Høyesterettspraksis:

Rt.1993.616

Rt.1997.786

Rt.1997.1506

Rt.2000.1602

Rt.2001.418

Rt.2004.1844

Underrettspraksis:

RG.2003.360

TOSLO-2001-2713

TOSLO-2004-99016

